

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

RIGORÓZNÍ PRÁCE

Zpracovatel: Andrej Štaňko

měsíc a rok odevzdání práce: listopad 2010

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

RIGORÓZNÍ PRÁCE

SVOBODA USAZOVÁNÍ V MEZINÁRODNÍM PRÁVU
SOUKROMÉM

RIGHT OF ESTABLISHMENT IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Konzultant: Prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.

Zpracovatel: Mgr. Bc. Andrej Štaňko

měsíc a rok odevzdání práce: listopad 2010

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených. Všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány, práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze, dne 15.listopadu 2010

/s/

Mgr. Bc. Andrej Štaňko

Hluboce děkuji vážené Prof. JUDr. Monice Pauknerové, CSc., DSc, za inspiraci,
konzultace a celkovou vstřícnost při zpracování rigorózní práce.

Obsah:

Úvod.....	1
1. Primární právo EU	3
2. Základní pojmy	7
2.1. Primární a sekundární svoboda usazování	7
2.2. Určení osobního statutu společnosti.....	7
2.2.1. Inkorporační princip	9
2.2.2. Princip sídla	11
2.2.3. Princip kontroly	13
2.3. Zeměpisný výskyt principů sídla a inkorporace.....	13
2.4. Forum shopping v majetkových věcech.....	17
3. Právní úprava v ČR.....	18
3.1. Princip inkorporace v ČR.....	18
3.1.1. Výjimka z inkorporačního principu v ČR.....	19
3.2. Subjektivita zahraničních společností.....	20
3.3. Založení společnosti podle cizího práva	23
3.4. Úprava přemístění sídla.....	24
3.5. Pojem právnická osoba	26
3.5.1. Pojem „osoba“	26
3.5.2. Pojem právnická osoba	26
3.5.3. Právní subjektivita a způsobilost k právním úkonům.....	27
3.5.4. Speciální úprava pojmu osoba	28
3.5.5. Inkorporační princip v praxi –trust a české právo	29
4. Judikatura SDEU	32
4.1. Procesní aspekty řízení před SDEU	33
4.2. Daily Mail	35
4.3. Centros	37
4.4. Überseering	39
4.5. Inspire Art	43
4.6. Sevic	46
4.7. Cartesio	48
4.8. Cadbury Schweppes	50
5. Soutěž právních řádů v EU	54
5.1. EU a závod ke vrcholu	56
5.2. USA a závod k vrcholu – srovnání NY a Delaware.....	59
5.2.1. Uplynutí funkčního období člena představenstva.....	60
5.2.2. Odvolání člena představenstva v průběhu jeho funkčního období.....	61
5.2.3. Pravomoci představenstva ve vztahu k akcionářům	62
5.2.4. Odpovědnost členů představenstva.....	62
5.2.5. Odpovědnost akcionářů	63
6. Význam nadnárodních forem evropských společností	65
6.1. Evropské hospodářské zájmové sdružení.....	66
6.2. Evropská společnost.....	68
6.2.1. Historie	69
6.2.2. Podstata a pojem Evropské společnosti.....	70
6.2.3. Prameny právní úpravy.....	71
6.2.3.1. Nařízení o SE.....	71
6.2.3.2. Stanovy SE dle Nařízení o SE	72

6.2.3.3	Úprava SE v národním právu.....	72
6.2.3.4	Subsidiární úprava akciové společnosti v národním právu	72
6.2.3.5	Stanovy SE dle národní úpravy akciových společností.....	72
6.2.3.6	Směrnice o SE.....	73
6.2.4	Založení a vznik Evropské společnosti	73
6.2.4.1	Způsoby založení SE	73
6.2.4.2	Vznik SE	74
6.2.4.3	Jednání jménem SE před vznikem.....	74
6.2.4.4	Založení SE fúzí akciových společností nebo SE.....	76
6.2.4.5	Založení SE jako holdingové společnosti.....	76
6.2.4.6	Založení SE jako dceřiné společnosti	77
6.2.4.7	Založení SE přeměnou akciové společnosti	78
6.2.5	Kapitálová struktura SE.....	78
6.2.6	Struktura orgánů SE	80
6.2.6.1	Monistické uspořádání orgánů SE	81
6.2.6.2	Dualistické uspořádání orgánů SE.....	84
6.2.7	Přemístění sídla SE do jiného členského státu	87
6.2.8	Akcie SE.....	89
6.2.9	Povinnosti akcionářů SE s kótovanými akciemi	92
6.2.9.1	Oznamovací povinnost	92
6.2.9.2	Povinná nabídka převzetí.....	94
6.2.10	Zrušení a zánik SE.....	97
6.2.11	Uplatnění SE v praxi	97
6.3	Evropská družstevní společnost	100
6.4	European Private Company.....	102
7.	Volný pohyb subjektů kolektivního investování	104
7.1	Charakteristika subjektů kolektivního investování	104
7.2	Volný pohyb investičních společností a investičních fondů	105
7.3	Volný pohyb investičních fondů	106
7.4	Novely UCITS směrnice zvyšují pohyb fondů	107
7.4.1	Jednotný přeshraniční management fondů	108
7.4.2	Přeshraniční přeměny fondů.....	108
7.4.3	Master-feeder fondy	109
8.	Další dopady svobody usazování na legislativu EU a ČR.....	112
8.1	Čtrnáctá směrnice očekávána.....	112
8.2	ČR přijala zákon o přeměnách.....	113
	Závěr	115
	Seznam zkratk	117
	Použitá literatura	124
	Abstract: Right of establishment in International Private Law.....	131

Úvod

Společnosti jsou čím dál tím více vystaveny konkurenční soutěži, která je nutí vstupovat na mezinárodní trhy. K podnikání v mezinárodním prostředí lze vybírat z mnoha forem, např. založení dceřiné společnosti nebo organizační složky v zahraničí. Pohybu obchodních společností a svobodě jejich usazování je věnována předkládaná rigorózní práce. Jednotlivé státy svými regulacemi staví podnikatelům mnoho překážek. S těmito překážkami musí pečlivý podnikatel počítat a zahrnout je do svých úvah týkajících se obchodní strategie.

Ve státech EU jsou omezení svobodného podnikání v nadnárodním kontextu nežádoucí, a tak je zakázáno klást překážky svobodnému usazování společností. Základní axiomy svobody pohybu jsou okomentovány v první kapitole.

Vzhledem k tomu, že svoboda usazování platí v EU již více než půl století, váže se na svobodu usazování poměrně ustálené pojmosloví. Rozbor základních pojmů a jednotlivých doktrín je předmětem druhé kapitoly.

Ve třetí kapitole je analyzována vnitrostátní úprava svobody usazování v České republice, zmiňovány jsou i dílčí problémy českého ObchZ a možnosti působení entity, kterou český právní řád nezná, konkrétně trustu, na českém trhu.

Ve čtvrté kapitole je podrobně rozepsána základní judikatura SDEU týkající se svobody usazování. Právě judikatura SDEU potvrdila požadavek otevření hranic a umožnila významější pohyb podnikatelů v europrostoru. Za to bývá SDEU někdy kritizován a jsou diskutovány pozitivní a negativní otázky soutěže právních řádů.

Na obhajobu liberalizace trhů v EU se staví pátá kapitola, přičemž čtenář jistě ocení komparativní exkurs do korporátního práva podle státu New York a Delaware.

Šestá kapitola se věnuje praktickým aspektům nadnárodních forem obchodních společností upravených právem EU. Významný prostor je poskytnut evropské (akciové) společnosti, která se zdá být pro účely podnikání ideálním euronástrojem.

Sedmá kapitola popisuje rozvinutější podobu svobody usazování, ta se totiž týká nejen obchodních společností, ale i bezsubjektivních účetních jednotek, podílových fondů. V souvislosti s podílovými fondy jsou popsány výhody směrnice UCITS IV, u kterých čekáme na jejich transpozici do českého obchodního práva.

Poslední, osmá kapitola se věnuje některým konkrétním dopadům vývoje svobody usazování na českou a evropskou legislativu, která však byla zbržděna v souvislosti s politickými změnami vyvolanými přijetím Lisabonské smlouvy.

Rigorózní práce navazuje na diplomovou práci s názvem „Společnosti v mezinárodním právu soukromém“, kterou aktualizuje a rozšiřuje zejména o úpravu evropských obchodních společností a fondů kolektivního investování.

1. Primární právo EU

Právní základ pro spojení mnoha rozdílných států a kultur je vyjádřený v primárním právu EU. Spojení národů různé historie je zřejmá ze znění Preambule SFEU. Nejlépe je to patrné z anglického znění. SFEU stanoví v prvním bodě Preambule, že „[Member states] *DETERMINED to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe*“¹. Zaměřme se na slovo *peoples* v citované větě. Striktně gramaticky vzato, takové slovo v anglickém jazyce není vyjádřeno správným způsobem. Podstatné jméno *people*, které znamená národ, je nepočítatelné. Nelze ho tedy převést do množného čísla přidáním „s“ na konci. To, co vidíme v preambuli, však není překlep. Tvůrci SFEU slovem *peoples* chtěli vyjádřit rozmanitost národů členských států EU. Členské státy EU i regiony v jednotlivých státech mají vlastní kulturu, jiné zvyky a odlišnou řeč. Pramení z různých kořenů. Naše historické a sociální základy nás odlišují od jiných států, které jsou také členy EU. EU je poskládaná z mnoha střípků a tvoří sjednocení mnoha kultur a národností.

Tato rigorózní práce několikrát používá v komparativním pohledu právo Spojených států amerických. Srovnáme-li výše zmíněnou část preambule s její obdobou v americké federální ústavě, zjistíme, že americká ústava předpokládá na federální úrovni pouze jeden národ, stejně tak je tomu i v jiných federacích, např. v Austrálii nebo v Německu.² Na tomto případu vidíme rozdílnost historického vývoje USA a Evropy. Zatímco USA bylo od svého začátku sjednoceno takřkajíc zezdola, integrace EU přináší hospodářské sjednocení „zeshora“ a v počátcích EU zcela chyběl prvek společné sociální identity. Dnes je již společná identita v EU výraznější, existuje občanství EU, byly posíleny sociální aspekty EU a zdůrazněna lidská práva. Na úrovni korporálně-ekonomické dochází ke stále intenzivnější konsolidaci předpisů a hospodářské spolupráci. Vzhledem k odlišným kořenům a názorovým proudům členských států EU však tento proces není bez překážek.

¹ V českém překladu „*ROZHODNUTÍ položit základy stále užšího svazku evropských národů*“.

² WEILER, J. H. H., *To be a European citizen – and civilization*. Journal of European Public Policy 4:4 December 1997: 495-519 s. 498.

Odlišnost právních řádů členských států EU způsobuje mnohdy jejich vzájemnou inkompatibilitu. Právní akty EU právní řády členských států sblížují a napomáhají rozvoji „*stále užšího svazku evropských národů*“.³ V tomto smyslu je důležité zejm. sblížování právních řádů v úpravě obchodních společností.

Jaký je právní základ a co je účelem sblížování úpravy obchodních společností?

EU byla založená za účelem ekonomické spolupráce. I přesto, že se postupem doby právo EU rozšiřuje o politické, sociální a lidskoprávní účely, původním účelem byla pouze hospodářská spolupráce. Postupná evropská ekonomická integrace probíhala tradičním způsobem ekonomické integrace mezinárodních společenství vytvářející hospodářské unie. Stupně integrace jsou vymezeny jako (i) zóna volného obchodu, (ii) celní unie, (iii) společný a vnitřní trh, (iv) hospodářská a měnová unie.⁴ EU dosáhla posledního stupně ekonomické integrace, a to hospodářské a měnové unie.

Právní řád EU stojí na čtyřech pilířích, na svobodě pohybu kapitálu, práce, osob a zboží. Svobody pohybu vyjádřené v SFEU jsou určeny především k tomu, aby omezily překážky na vnitřním trhu.⁵ Tyto svobody jsou v primárním právu obsaženy již od samého počátku EU v roce 1958. Zmíněné pilíře představují jedny ze základních psaných zásad, na kterých stojí právní řád EU. V případech, kdy právo EU výslovně neupravuje určitou oblast a někdo se chce domáhat ochrany svých práv, může namítat porušení jedné z těchto svobod, primární právo má přímý účinek. Mohlo by se zdát překvapivým, že se čtyři svobody pohybu takovým způsobem staly ochráncem procesních práv v trestním řízení a také ochranou integrity rodiny.⁶ Méně překvapivé by snad po tak široké interpretaci měl být fakt, že svobody pohybu se vztahují nejen na fyzické osoby, občany EU, ale také na obchodní společnosti. Má-li totiž být

³ Preambule SFEU, česká verze.

⁴ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kolektiv. *Právo mezinárodního obchodu*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 407 s. ISBN 978-80-7380-108-3, s. 127.

⁵ RINGE, Wolf-Georg. *The European company statute in the context of freedom of establishment*. Journal of Corporate Law Studies, 10/2007 [cit. 12. října 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

⁶ Překvapivě, až nelidsky vyznívá instrumentální argumentace, kdy matka, která nemá evropské vízum, smí s dítětem cestovat v evropském společenství jen proto, aby byla zachována v plné míře svoboda pohybu dítěte. Pokud by totiž s dítětem necestovala matka, tak by se dítě necítilo dobře a byla by narušena jeho svoboda pohybu.

hospodářská a měnová unie plně funkční, je nutné uvolnit bariéry svobodnému pohybu kapitálu, který má podobu obchodních společností. Pro posílení hospodářské stability EU je nezbytné obchodním společností umožnit operace ve více státech, přesídlvat z jednoho státu do druhého a využívat možností přeshraničních přeměn. Zeměpisné hranice jednotlivých členských států by neměly bránit ekonomickému rozvoji omezováním dynamiky rozvoje obchodních společností.

Ideální model však není zcela naplněn. Právo EU překonává rozdílnosti jednotlivých států s výrazným zpožděním. Členské státy se totiž brání odlivu kapitálu do zahraničí a tak musí zasahovat SDEU. Příkladem je situace kdy SFEU výslovně nestanoví, že obchodním společností nesmí být žádným způsobem bráněno v pohybu mezi jednotlivými státy, takový výklad musel být postupem doby prosazen SDEU. Rozhodování SDEU je v detailech pospáno níže.

Základní překážkou volného pohybu kapitálu je rozdílnost právních řádů, tyto překážky jsou odstraňovány právem EU. V souvislosti s tím, že v prosinci 2009 vstoupila v účinnost SFEU, změnil se právní základ, mající vliv na úpravu svobody usazování, původně obsažený v SES. Nicméně jde pouze o změny kosmetické. Kapitola 2 SFEU nazvaná Právo usazování se nyní nachází v čl. 49 – 55⁷. Z hmotněprávního hlediska se obsahově ustanovení od SES nezměnila. Drobné rozdíly vyplývají pouze z modifikovaného legislativního procesu v rámci přijímání harmonizačních předpisů, kdy místo Rady dle čl. 46 odst. 2 SES vydává směrnici ke koordinaci předpisů Rada a navíc také Evropský parlament. Další kosmetickou změnou je, že místo Společenství se používá slovo Unie. Tak činím důsledně i v této rigorózní práci, tam, kde by bylo dříve ES, používám označení EU. Analogicky je místo Evropského soudního dvora použito platného označení Soudní dvůr Evropské unie (zkratkou SDEU).

Přijetí SFEU nemá tedy přímý vliv na změnu k přístupu ohledně usazování obchodních společností v EU. Veškerá judikatura i předpisy zůstávají platné a účinné.

⁷ Tabulka přehledně uvádějící přečíslování článků SES na SFEU je uvedena na < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0361:0388:CS:PDF>>.

ČR nebyla před SDEU nikdy nařčena, že by se dopustila diskriminačního chování v rámci svobody usazování společností ve smyslu čl. 49 – 55 SFEU. To však neznamená, že by úprava českého právního řádu byla se svobodou usazování nekonfliktní.

2. Základní pojmy

Zpočátku je nutné vymezit co vůbec svoboda usazování jako pojem znamená. „*Svoboda usazování bývá nejobecněji vymezována jako svoboda zahajovat a provádět samostatné výdělečné činnosti a je přiznávána příslušníkům každého členského státu Evropské unie na území ostatních členských států*“.⁸ Omezení na úkor svobody usazování jsou podle čl. 49 SFEU zakázána. Usazování je rozlišeno na primární a sekundární. Pojmy primární a sekundární usazování jsou často používány v odborné literatuře i v rozhodnutích SDEU. Níže je stručně vysvětlen obsah obou pojmů.

2.1. Primární a sekundární svoboda usazování

Primární svoboda usazování znamená přenesení sídla společnosti z jednoho státu do státu jiného. Aniž by možnost přenesení sídla byla výslovně stanovena v SFEU, lze ji dovodit z čl. 49 SFEU, „*z obecného principu svobody usazování a rovněž s použitím argumentu a maiori ad minus, že přeshraniční přenesení sídla nemůže být omezeno, jestliže je možné v členských státech zakládat dceřiné společnosti či pobočky*“.⁹

Sekundární usazení znamená založení organizační složky společnosti v jiném státě, přičemž formální sídlo zůstává v místě založení společnosti. Nové zastoupení v hostitelském státě může být založena za pomoci různých forem. Zejména lze zřídit organizační složku, SDEU také do sekundárního usazování zařadil i založení dceřiné společnosti.¹⁰

2.2. Určení osobního statutu společnosti

Intenzivně diskutovanou otázkou, která má podstatný význam pro právní postavení společností, je určení osobního statutu společností. Osobním statutem

⁸ PAUKNEROVÁ, Monika. *Svoboda usazování obchodních společností v Evropské unii*. Evropské právo 9/2001, s. 1 [cit. 18. srpna 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

⁹ SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš, *Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností*, Právní rozhledy 5/2003, s. 224. [cit. 11. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹⁰ Bod č. 1 anglické verze rozhodnutí Cadbury Schweppes. Z českého překladu učiněný závěr není zřejmý.

rozumíme národní příslušnost společnosti. Určením osobního statutu dojdeme k určení právního řádu, kterým se řídí řada otázek, týkající se vnitřních, částečně i vnějších vztahů společnosti.

Mezinárodní právo soukromé má v této oblasti zásadní význam, když na základě kolizních norem určuje, jaké právo bude použito jako rozhodné pro osobní statut společnosti.

Osobní statutu zahrnuje zejm. daňovou příslušnost společnosti, způsob jednání společnost navenek, ustanovení orgánů společnosti, její vznik a zánik včetně povinné výše základního kapitálu, ručení společníků za závazky společnosti ve vztahu ke třetím osobám.¹¹ Právní řád osobního statutu společnosti navíc upravuje procesní způsobilost, úpravu stanov, projevy podílu společnosti, částečně i přeměny a přemístění sídla. Okruh se může lišit v každé jurisdikci a navíc rozsah osobního statutu může být vykládán různě.¹²

Co se týče určení osobního statutu, právní řády se přiklání k jednomu ze dvou názorových proudů. Prvou skupinu tvoří státy, které vyznávají princip sídla. Druhá skupina států se přiklání k inkorporačnímu principu. Střet inkorporačního a principu sídla je konflikt, „*který bývá chápán jako spor ochrany zájmů společníků, věřitelů a jiných skupin s liberálním pojetím práva společnosti*“.¹³

Inkorporační princip i princip sídla mají své výhody i nevýhody. Každý z obou principů má své zastánce i odpůrce. Denis Biermann k tomuto uvádí, že „[princip] *sídla faktického* [tj. princip sídla] *a formálního* [tj. inkorporačního] *jsou protiklady tvořící předmět více než 100 letého sporu v mezinárodním obchodním právu.*“¹⁴

¹¹ K pravidlu de minimis ohledně ručení společníků obsaženém v § 26 odst. 3 ObchZ viz výše.

¹² K osobnímu statutu viz také KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání. Nakladatelství Doplněk, Brno 2009, str. 257, ISBN: 978-80-7239-231-5.

¹³ SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784 [cit. 10. března 2010]. Dostupné na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹⁴ BIERMANN, Denis, *Rozsudek Evropského soudního dvora ve věci Überseering – konec teorie faktického sídla?*, Evropské právo 4/2003, s. 11 [cit. 7. ledna 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

2.2.1. Inkorporační princip

Inkorporační princip stanoví, že osobní statut společnosti se určí podle práva státu, podle něhož byla společnost založena. Pozdější přemístění sídla nemá vliv na jednu již nabytou příslušnost. Historicky vznikl inkorporační princip v Anglii. Jako koloniální země Anglie prosazovala u právnických i fyzických osob princip, že jednou nabyté občanství se nezmění tím, že se osoba přemístí do jiné země.¹⁵ Pro koloniální velmoc to bylo jediné vhodné řešení. Pokud by se mělo určovat podle principu skutečného sídla, mohlo by se stát, že s přemístěním majetku a přestěhováním osob by mohlo dojít také ke změně národnosti. Potom by bylo pod britskou kontrolou množství subjektů rozdílné národnosti a k vyřešení mnohých otázek by muselo být použito právo cizího práva, např. Indického nebo Afrického.

Státy, zastávající princip inkorporace, nezapomínají na ochranu věřitelů a třetích osob a princip inkorporace v tomto ohledu modifikují. Tak např. v Anglii je prováděn speciální dohled nad zahraničními společnostmi působícími na území království, v USA jsou vytvořeny speciální předpisy a judikatura aplikovaná na tzv. pseudo-zahraníční společnosti.¹⁶

Inkorporační princip má několik výrazných výhod. Těmi jsou: (i) právní jistota zajišťující absenci změny osobního statutu společnosti v závislosti na majetkových transakcích, (ii) rychlé a spolehlivé určení rozhodného práva a (iii) liberalizace trhu korporátního práva, zejm. vstřícnost ohledně smluvní volnosti podnikatelů, stimulace konkurence právních řádů (soutěž právních řádů je známá též jako Delawarský efekt). Za hlavní výhodu pokládám možnost „smluvního“ určení aplikovatelného právního řádu. Případnou restrikcí smluvního určení rozhodného práva jsou dle mého názoru sledovány spíše populistické cíle než skutečná potřeba regulace. Pokud politici zakážou určení rozhodného práva osobního statutu společnosti, soukromé osoby vynaloží větší útraty na regulační záležitosti společnosti. V návaznosti na to na rozvoj obchodních

¹⁵ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 71-72. ISBN 80-7184-598-1.

¹⁶ FROST, Carsten. *Transfer of company's seat – an unfolding story in Europe*. Victoria University of Wellington Law Review 36/2005, s. 362 [cit. 15. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

vztahů zbyde méně prostředků. Zákaz a nadměrná regulace v konečném výsledku není ani efektivním nástrojem podpory státního rozpočtu.¹⁷

ČR se přiklání k inkorporačnímu principu.¹⁸ Dá se říci, že postupem doby je „téměř všeobecně akceptováno, že inkorporační princip je z hlediska integrovaného prostoru a postulátu volného pohybu osob v rámci EU principem vhodnějším než princip sídla, a postupně se začíná v určitých směrech prosazovat i v těch členských státech EU, které jsou známy jako tradiční reprezentanti principu sídla.“¹⁹

Některé státy se s inkorporačním principem nedokáží ztotožnit. Námitky proti inkorporačnímu principu se týkají absence skutečného vztahu společnosti k místu založení a k jeho právnímu řádu, kterým se následně společnost řídí. Podnikatelé by si tak mohly vybírat stát k založení obchodní společnosti podle toho, který z nich nabízí nejnižší standard.²⁰ Podobným argumentem proti inkorporačnímu principu jsou možné negativní konsekvence tzv. Delawarského efektu, který může být označen jako stimulace států k tomu, aby snižovaly regulaci obchodních společností na úkor jejich společníků, spotřebitelů, věřitelů a dalších třetích osob. Navíc odpůrci inkorporačního principu vyzdvihují nedostatek inkorporačního principu v podobě právní nejistoty plynoucí ze skutečnosti, že se jednotlivé státy snaží různě regulovat ochranu veřejného zájmu na národní úrovni, konkrétně např. pravidlo de minimis v § 26 odst. 3 ObchZ. Regulace, která se liší stát od státu, omezuje právní jistotu. Další nevýhodou inkorporačního principu riziko, že vůči jedné společnosti může dojít k překrývání různých právních řádů, které mohou být v některých ohledech dokonce protikladné, inkorporační princip vede k nežádoucímu štěpení osobního statutu.²¹

¹⁷ Blíže článek O'HARA, Erin A., E. RIBSTEIN, Larry. *From politics to efficiency in choice of law*. Draft paper, George Mason University School of Law, 9. prosince 1999 [cit. 10. března 2010]. Dostupný na internetu <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/00-04.pdf>.

¹⁸ Viz. §22 ObchZ.

¹⁹ PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244 [cit. 13. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

²⁰ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 74. ISBN 80-7184-598-1.

²¹ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 79-80. ISBN 80-7184-598-1.

Osobně však nepovažuji Delawarský efekt za negativní a argumenty na jeho podporu uvádím v kapitole č. 5 ohledně soutěže právních řádů níže.

2.2.2. Princip sídla

Princip sídla stanoví, že se vnitřní otázky obchodní společnosti řídí právním řádem státu, na jehož území je umístěno skutečné sídlo společnosti.

Pro názornost vyjděme z hypotetické situace, že si v Anglii založíme společnost a její sídlo označíme adresou poštovní schránky, kterou si za tímto účelem v Anglii pronajmeme. V Německu zřídíme organizační složku této platně založené a vzniklé společnosti, přičemž veškerou svoji činnost budeme provádět formálně pod hlavičkou organizační složky na území Německa. V Anglii společnost nebudeme mít umístěn žádný majetek, kromě pronájmu virtuální kanceláře. Podle principu sídla se vnitřní poměry společnosti řídí místem skutečného sídla, tj. právem Německa. Podle inkorporačního principu by se vnitřní otázky společnosti naopak řídily anglickým právem.

Historicky se princip sídla vyvinul v devatenáctém století ve Francii a v Německu, kde bylo účelem zabránit domácím společnostem v reinkorporaci v Anglii a Belgii.²² Dále byl princip skutečného sídla vtělen do právních řádů dalších evropských států, zejména do Lucemburska, Portugalska, Rakouska, Řecka, Španělska, Litvy, Polska a Rumunska.²³

Mezi výhody principu sídla je vyzdvihovaná jeho ochranná funkce. „*Tou se rozumí ochrana společníků, investorů, věřitelů, akcionářů, částečně i zaměstnanců a dalších osob, se kterými společnost navazuje vztahy.*“²⁴ Na druhou stranu bývá zdurazňovaná právní nejistota tkvící v tom, zda společnost byla platně zapsána do

²² FROST, Carsten. *Transfer of company's seat – an unfolding story in Europe*. Victoria University of Wellington Law Review 36/2005, s. 363 [cit. 15. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

²³ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 81-82. ISBN 80-7184-598-1.

²⁴ SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784 [cit. 10. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

obchodního rejstříku, a tedy zda má vůbec právní subjektivitu, jestli může řádně vstupovat do právních vztahů a přebírat závazky.²⁵

Kritérium sídla vede bezpochyby k pevnějšímu sepětí společnosti a právního řádu, na jejímž území působí; dává státu možnost důslednější kontroly podnikatelů a komplikuje obcházení národních daňových předpisů. Kritériem sídla je podstatně omezován Delaware efekt. Společnost bude mít fakticky blízký vztah k použitelnému právnímu řádu, a to alespoň tím, že bude mít své sídlo, a tedy svou správu, ve státě aplikovatelného práva.²⁶

Kritika dopadá na teorii sídla „především proto, že neumožňuje přemístění sídla do zahraničí [při] zachování původní společnosti. Hlavním problémem kritéria sídla ovšem zůstává otázka, jak sídlo určit, jak [určení sídla] dokázat a kdo nese v tomto případě důkazní břemeno.“²⁷ Přemístění sídla do zahraničí je rozhodně dražší a komplikovanější než v jurisdikčních zastávajících inkorporační princip. Dle obecné úpravy principu sídla musí být, pro přemístění sídla, založena nejprve nová společnost ve státě určení a tato nová společnost musí nabýt majetek z původní společnosti. Takové nabytí majetku samozřejmě plně podléhá zdanění a tak se celé přenesení sídla prodraží.²⁸ Nezanedbatelnými budou poplatky za právní a daňové poradce. Navíc fakticky ani nejde o přemístění sídla, ale převod majetku, který bude podléhat dalším restriktivním předpisům.²⁹ Nevýhod jsou si mnohé státy vědomy a ve svých právních řádech již umožnili přeshraniční přemístění sídla bez likvidace původní společnosti.³⁰

²⁵ SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš, *Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností*, Právní rozhledy 5/2003, s. 224. [cit. 11. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

²⁶ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 84. ISBN 80-7184-598-1.

²⁷ SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784 [cit. 6. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

²⁸ FROST, Carsten. *Transfer of company's seat – an unfolding story in Europe*. Victoria University of Wellington Law Review 36/2005, s. 364 [cit. 15. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

²⁹ Např. v právním řádu České republiky § 196a, který omezuje smluvní volnost podnikatelů při převodu majetku spřízněným osobám.

³⁰ Takovou úpravu nabízí např. Lucemburské velkovévodství.

2.2.3. Princip kontroly

Dalším, v literatuře zmiňovaným přístupem, bývá princip kontroly. Princip kontroly není, podle úpravy v evropských zemích, používaný tak často jako princip sídla a inkorporace.³¹

Princip kontroly stanoví, že se na společnost použije právo té země, jejíž příslušníci jsou většinoví společníci společnosti, případně vykonávají na společnost rozhodný vliv. To může vést k mnoha nejasnostem při určování, kdy už jde o kontrolu společnosti (vykonávání rozhodného vlivu) a kdy ne. Může se také stát, že společnost bude fakticky kontrolovat i menšinový společník. Může se stát, že společnost bude kontrolována jinou osobou než společníkem, a to díky silnému ekonomickému vlivu či psychologickým vazbám. Takové osoby bývají označovány různě, např. stínový společník, komentátoři z Common Law jurisdikcí používá pojem *stakeholder* (na rozdíl od pojmu *shareholder*).

Vzhledem ke zmíněným nedostatkům lze princip kontroly používat jen v omezených případech a hlavně mimo určování osobního statutu společnosti. Jako vhodná se zdá být např. při kontrole obchodu s vojenským materiálem.³²

2.3. *Zeměpisný výskyt principů sídla a inkorporace*

V této kapitole stručně popisují úpravu několika států (ty jsou řazeny v abecedním pořadí), přičemž informace jsou kompilovány za použití již publikované literatury.³³

Především je třeba upřesnit, že níže uvedené rozdělení je víceméně modelové a v praxi dochází k modifikaci obou přístupů.

³¹ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 94. ISBN 80-7184-598-1.

³² PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 94. ISBN 80-7184-598-1.

³³ Tam, kde v této kapitole č. 2.3 necituji jiný zdroj informací výlučně čerpám z PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 110 - 128. ISBN 80-7184-598-1.

Anglie a USA

Co se týče států Common Law – Anglie a USA jsou kolébkou inkorporačního principu a dodnes svoji pozici neopustili. Co se týče Anglie, je princip inkorporace modifikován tak, že „anglický Companies Act z r. 1985, na rozdíl od delawarského práva, prakticky neumožňuje přemístění statutárního sídla společnosti do zahraničí.“³⁴ V USA je inkorporační přístup v jednotlivých státech modifikován ve prospěch místa země, kde společnost fakticky působí.

Francie

Francie se přiklání k použití principu sídla, a to jak v rovině komentátorů, tak i v rovině právních předpisů. Skutečné sídlo „bývá vymezeno jako místo, kde se uskutečňuje řízení společnosti, kde sídlí orgány společnosti, členové správní rady, kde se konají valné hromady a kde jsou projednávány smlouvy a postupy týkající se chodu podniku“³⁵. Princip sídla ve Francii je korigován tak, že je umožněno přemístění sídla bez předchozí likvidace původní společnosti a založení nové.³⁶

Itálie

V Itálii převládá inkorporační princip, přičemž snaha je modifikovat ho ve prospěch výhod, vyplývajících z kritéria sídla. Základem pro italský inkorporační přístup je § 25 italského zákona o mezinárodním právu soukromém, který také umožňuje přemístění sídla z Itálie do jiného státu, pokud to předpisy státu určení dovolí.³⁷

³⁴ PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244 [cit. 13. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³⁵ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 114. ISBN 80-7184-598-1.

³⁶ PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244 [cit. 13. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³⁷ MUCCISRELLI, The, MARIA, Federico. *Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: An Important Decision from Italy*. European Company and Financial Law Review 4/2005, s. 512 – 533 [cit. 10. ledna 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

Lucemburské velkovévodství

Lucemburské velkovévodství zastává princip sídla. Je dovoleno přemístit sídlo z jiné země, aniž by došlo k likvidaci původní společnosti. Taková společnost se musí podrobit nově lucemburskému právu a také musí změnit stanovy v tom smyslu, aby odpovídaly lucemburským předpisům.³⁸

Německo

V Německu je podle německých zákonů upřednostněn princip sídla. Co se týče názorů právníků v Německu, diskuse mezi přednostmi uplatňování inkorporačního principu nebo principu sídla není u konce.

Nizozemí

Nizozemské právo vychází z inkorporačního principu, přičemž na zahraniční korporace se vztahuje speciální právní úprava.³⁹

Portugalsko

Portugalsko zastává používání kritéria skutečného sídla.

Rakousko

Rakousko určuje rozhodné právo podle skutečného sídla společnosti, tj. hlavního sídla správy společnosti.

Španělsko

Ve Španělsku bylo ustoupeno od kombinace obou principů a dnes je rozhodným princip sídla, když podle akciového zákona „jsou považovány za španělské všechny akciové společnosti, které mají své sídlo (*domicilio*) na španělském území, bez ohledu

³⁸ MUCCISRELLI, The, MARIA, Federico. *Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: An Important Decision from Italy*. European Company and Financial Law Review 4/2005, s. 512 – 533 [cit. 10. ledna 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

³⁹ PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244 [cit. 13. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

na místo, kde byly zřízeny. Ve Španělsku mají své sídlo akciové společnosti, jejichž hlavní správa nebo provoz (*principal establecimiento o explotación*) se nacházejí na španělském území [...] Jako španělské budou posuzovány všechny společnosti s ručením omezeným, které mají sídlo na španělském území bez ohledu na místo, kde byly zřízeny [...].“⁴⁰

Švýcarsko

Ve Švýcarsku jsou společnosti řízeny principem inkorporace jen pokud splňují dodatečné požadavky (požadavek tzv. „organizování“ ve státě založení). Podpůrně platí určení podle skutečného sídla.

Další státy

Ze států střední a východní Evropy zastává dále inkorporační princip Slovensko, Maďarsko, Bulharsko a také tradičně Rusko. Kritérium skutečného sídla je používáno v Polsku a v Rumunsku.

Uvedený výčet přehledně vyjadřuje následující tabulka:

Stát	Spíše inkorporační	Spíše skutečné sídlo
Anglie	ANO	x
Bulharsko	ANO	x
Česká republika	ANO	x
Francie	x	ANO
Itálie	ANO	x
Lucembursko	ANO	x
Nizozemí	ANO	x
Německo	x	ANO
Portugalsko	x	ANO
Polsko	x	ANO
Rakousko	x	ANO
Rumunsko	x	ANO

⁴⁰ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s.118. ISBN 80-7184-598-1.

Stát	Spíše inkorporační	Spíše skutečné sídlo
Rusko	ANO	x
Slovensko	ANO	x
Španělsko	x	ANO
Švýcarsko	ANO	x
USA	ANO	x
Maďarsko	ANO	x

2.4. *Forum shopping v majetkových věcech*

Nehledě na to, zda je obchodní společnost zakládána ve státě uznávajícím inkorporační princip nebo princip sídla, zakladatelé si mohou ve stanovách zvolit soud, který bude rozhodovat v případě sporu mezi společností a akcionáři. SDEU ve svém rozhodnutí *Powell Duffryn* připustil, že lze volbu fóra sjednat ve stanovách. Taková volba fóra je závazná pro všechny akcionáře společnosti aniž by s tím museli výslovně souhlasit.

Na výklad prorogační dohody ve stanovách vycházel SDEU z čl. 17 Bruselské úmluvy, který stanoví, „že pokud si strany, z nichž má jedna nebo druhá domicil ve smluvním státě, dohodly, že soud nebo soudy smluvního státu mají pravomoc k urovnání jakýchkoliv sporů, které vznikají, nebo které mohou vzniknout v souvislosti s určitým právním vztahem, pak tento soud nebo tyto soudy mají výlučnou soudní pravomoc.“⁴¹

V bodě 10 rozhodnutí *Powell Duffryn* SDEU přiznává, že právní řády se liší v tom, zda považují vztah mezi akcionářem a společností za smluvní nebo institucionální vztah. SDEU se přiklání k výkladu, že jde o vztah smluvní povahy.⁴² Konkrétně stanovil v bodě 16 rozhodnutí, že „pro účely výkladu Bruselské úmluvy

⁴¹ DĚDIČ Jan, LASÁK Jan: Přehled judikatury. Přeměny obchodních společností. Převod podniku a jeho části. Wolters Kluwer ČR, a.s., podle stavu k 01.08.2009, s. 61.

⁴² viz. také rozhodnutí ESD *Peters v. ZNAV*.

vyplývá, že stanovy společnosti musí být posuzovány jako smlouva regulující jak vztahy mezi akcionáři, tak vztahy mezi nimi a společností, kterou zakládají.⁴³

Z uvedeného rozhodnutí vyplývá, že nehledě na kolizní pravidla ohledně osobního statutu společnosti se lze od místní jurisdikce odklonit vždy při sjednání příslušnosti soudů v jiném státě. Analogicky lze sjednat i příslušnost rozhodce se sídlem v jiném státě než státě osobního statutu společnosti. Prorogace sama změnu hmotného práva nezakládá, nicméně výklad soudů (nebo arbitrářů) v jiném státě, uznávajícím jiné principy, způsoby výkladu a s rozdílnou jurisprudencí, může být odlišný než v původním státě.

Hmotné právo jiného státu lze také určit ve stanovách. Tak bude možno se vymanit z národních předpisů v otázkách majetkových, statusová práva zůstanou pod českou regulací (statusová jsou např. minoritní práva akcionářů).

3. Právní úprava v ČR

3.1. Princip inkorporace v ČR

V právním řádu České republiky odpovídá svobodě usazování, mezi podnikateli obecně použitelný, § 21 – 26 ObchZ. Každá zahraniční právnická osoba, která je oprávněna podnikat v zahraničí, je považovaná za podnikatele i podle českého práva.⁴⁴ Ochrana zahraničních společností proti diskriminačnímu chování je upravena v § 21 ObchZ. Ten přiznává zahraničním osobám národní cizinecký režim, to znamená, že se zahraničními osobami musí být jednáno stejně, jako s českými občany. Tento režim je dále modifikován právními předpisy zejm. v oblasti devizových vztahů.⁴⁵

⁴³ DĚDIČ Jan, LASÁK Jan: Přehled judikatury. Přeměny obchodních společností. Převod podniku a jeho části. Wolters Kluwer ČR, a.s., podle stavu k 01.08.2009, s. 62.

⁴⁴ Viz § 23 ObchZ.

⁴⁵ ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha, C. H. Beck, 2009, str.57.

Při vzniku České republiky v roce 1918 bylo upřednostňován princip sídla. Tento přístup nám byl zanechán jako „dědictví“ rakouského právní řádu⁴⁶. Kritérium sídla bylo prosazováno právní vědou i soudy až do období velké rekodifikace hlavních odvětví českého práva, která začala v 50. letech. Inkorporační princip byl zaveden až v roce 1964 v ZMO a ZMPS.⁴⁷

Inkorporační princip se v obecné rovině v ČR prosadil dodnes. Výslovně princip nalezneme v § 22 ObchZ, podle něhož právní způsobilost jiné než fyzické osoby se řídí právním řádem, podle kterého byla právnická osoba založena.⁴⁸

3.1.1. Výjimka z inkorporačního principu v ČR

Jedna z výjimek z obecné úpravy inkorporačního principu v je obsažená v ZPoj.

Pojišťovny podléhají v EU systému tzv. jednotného pasu. Licence získaná v jednom státě oprávnňuje pojišťovnu vyvíjet podnikatelskou činnost v ostatních členských státech EU bez nutnosti získání dalších oprávnění.

V úpravě pojišťovnictví tak pro poskytování služeb nejsou kladeny další administrativní překážky. S rostoucí možností pohybu pojišťoven vzrůstá i konkurence jak pojišťoven samotných tak i regulatorní arbitráže, kdy se investor rozhoduje, do kterého členského státu umístí hlavní správu pojišťovny. Roli může hrát několik faktorů. Může se jednat o otázky administrativní a finanční náročnosti zahájení zajišťovací a pojišťovací činnosti, komplikovanost postupu získání povolení a délka procesu, jakou právní formu společnosti je nutné dodržet a jaké jsou kapitálové požadavky na společnost včetně prokázání původu kapitálu a regulace kapitálové přiměřenosti. Svůj význam také mají požadavky na společníky pojišťovny.

⁴⁶ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 135. ISBN 80-7184-598-1.

⁴⁷ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 141. ISBN 80-7184-598-1.

⁴⁸ § 22 odst. 1 výslovně stanoví, že „Právní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členů nebo společníků za její závazky.“.

Zmíněná kritéria lze do jisté míry řešit, pokud je potřeba vyšší základní kapitál nebo je nutné dosadit jednatele jiných kvalit, popř. pozměnit akcionářskou strukturu, lze tak s určitými náklady učinit. Problém nastává teprve pokud by investor zvažoval výdajovou optimalizaci ve formě umístění formálního sídla pojišťovny v ČR, přičemž by hlavní správa fakticky operovala jinde a služby by byly poskytovány taktéž pouze v jiném státě, např. v sousedním Polsku.

ZPoj ve svém § 13 odst. 5 stanoví, že „*Česká národní banka uděluje povolení tuzemské pojišťovně k provozování pojišťovací činnosti na základě písemné žádosti zakladatele tuzemské pojišťovny, jejíž sídlo a skutečné sídlo má být na území České republiky, a to přede dnem jejího zápisu do obchodního rejstříku. [...]*“.⁴⁹ Pokud by pojišťovna nevyvíjela v ČR pojišťovnickou činnost a skutečné sídlo by měla v Polsku, není naplněn základní požadavek pro udělení licence. Pokud by licence byla udělena dřív, než by vyšlo najevo, že jde pouze o založení tzv. „*letter box company*“, licence by mohla být odejmuta, resp. společnost by mohla být zrušena také podle obecnějšího ustanovení § 68 odst. 6 písm. c) ObchZ.

3.2. Subjektivita zahraničních společností

Co se týče obecného vymezení uznání subjektivity zahraniční obchodní společnosti, jsou přijímány dva základní přístupy, a to kolizní a cizinecký přístup.⁵⁰

Přístup kolizní aplikuje kolizní normu na určení osobního statutu společnosti, přičemž předmětná kolizní norma pramení z vnitrostátního právního řádu. Kolizní přístup byl použit např. v Německu během událostí, které předcházely sporu ve věci Überseering.⁵¹

Aplikace cizineckého režimu předpokládá uznání subjektivity nabyté podle jiného právního řádu, přičemž takové uznání subjektivity je učiněno na základě

⁴⁹ V souladu s §3 ZPoj je „*tuzemskou pojišťovnou právnická osoba se sídlem na území České republiky, které bylo Českou národní bankou uděleno povolení k provozování pojišťovací činnosti podle [ZPoj]*“.

⁵⁰ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 52.

⁵¹ Případu Überseering je věnován prostor níže.

mezinárodní smlouvy anebo na základě reciprocit.⁵² Rozhodný moment pro určení subjektivity obchodní společnosti tedy neleží v národním právním řádu.

Výstižně popisuje kolizní a cizinecký přístup obsažený v ObchZ Monika Pauknerová. „*Otázku uznání v kolizněprávním smyslu řeší ustanovení § 22 ObchZ, podle něhož právní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého práva. Je třeba vycházet z toho, že český právní řád uznává takovou osobu bez dalšího, tzn. že i u nás platí [...] moderní zásada uznání ipso iure.*“⁵³

§ 22 ObchZ určuje osobní statut právnické osoby. Právním řádem státu, podle něhož byla právnická osoba založena se řídí „[j]ejí právní způsobilost, tj. způsobilost k právům a k právním úkonům, a rovněž jak její vznik, existence, tak i zánik, a dále její vnitřní poměry (zejména vztahy mezi společníky a společností, součinnost orgánů apod.) [...] Stejným právním řádem se řídí i ručení členů nebo společníků za závazky takovéto právnické osoby. Přejímá se tedy tzv. inkorporační zásada, z které vycházel i zákoník mezinárodního obchodu.“⁵⁴

V § 22 ObchZ zákoníku je zvoleno označení „jiná než fyzická zahraniční osoba“ oproti pojmu „právnická osoba“. Tím je reflektována skutečnost, že na území ČR mohou operovat obchodní společnosti, které podle právního řádu ČR za právnické osoby prohlášeny nejsou a tudíž nemají ani právní subjektivitu. Závislost právní subjektivity na tom, zda je společnost označena ObchZ za právnickou osobu je však českým specifíkem. Oproti tomu, podle cizího práva kde byla společnost založena může mít subjektivitu i osoba, která není právnickou (ani fyzickou) osobou. Vzhledem k § 22 ObchZ požívá plnou subjektivitu i z pohledu práva ČR.

Co se týče uznání ve smyslu cizineckého práva, to „*upravují ustanovení §§ 21 odst. 2 a 23 ObchZ. Předně je v §21 odst. 2 ObchZ vymezen pojem zahraniční osoby,*

⁵² K mezinárodním smlouvám ohledně uznání právní subjektivity blíže PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, s. 63 a násl. ISBN 80-7184-598-1.

⁵³ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998.

⁵⁴ ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha, C. H. Beck, 2009, str.58.

kerou se rozumí fyzická osoba s bydlištěm nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. § 23 stanoví, že zahraniční osoby, které mají právo podnikat v zahraničí, se pokládají za podnikatele podle obchodního zákoníku. Tímto ustanovením se tak výslovně přiznávají účinky cizím rozhodnutím o vzniku oprávnění k podnikání. Uznávají se tedy jako podnikatelé (srov. § 2 odst. 2 ObchZ) i zahraniční osoby, které mají postavení podnikatele podle práva svého domovského státu. § 23 ObchZ tu přitom má na mysli zahraniční osoby, které pouze vyvíjejí na území České republiky obchodní činnost. Jak se zdá, § 23 ObchZ nezahrnuje osoby, které „podnikají“ na území ČR ve smyslu § 21 odst. 3 ObchZ, tzn. zahraniční osoby, které se u nás usadily, které tu mají podnik nebo jeho organizační složku. K podnikání na území ČR tedy samotné uznání ve smyslu § 23 ObchZ nestačí.“⁵⁵

Podnikání ve smyslu § 21 odst. 1 ObchZ⁵⁶ lze zřejmě vykládat jako podnikání prostřednictvím organizační složky⁵⁷ a nikoliv prostřednictvím dceřiné společnosti. Pokud by byla zahraničním investorem zvolen taková struktura vstupu na český trh, že by si založil novou společnost v ČR, nebyla by nově vzniklá společnost zahraniční osobou, ale osobou podle českého práva. Takovýto postup je předvídan § 24 ObchZ.

Někdy se však zakládání dceřiných společností a jejich označení za české obchodní společnosti § 24 ObchZ zneužívá. Některé předpisy stanoví, že k určitému podnikání je potřeba, aby podnikatelem byla česká obchodní společnost. Takový požadavek je uveden např. v souvislosti s obchodováním se zbraněmi v ČR⁵⁸, kdy je navíc požadována alespoň 51% majetková účast českého kapitálu ve společnosti účastníci se obchodního vztahu. Požadavek se ale dá obejít tím, že společnost založená za pomoci zahraničního kapitálu založí další dceřinou společnost a tím pro účely českých soudů vznikne společnost s českým kapitálem. Je pak otázkou výkladu až do

⁵⁵ PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum - nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998.

⁵⁶ § 21 odst. 1 ObchZ zní: „Zahraníční osoby mohou podnikat na území České republiky za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného.“

⁵⁷ ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha, C. H. Beck, 2009, str.57.

⁵⁸ § 7 odst. 1 písm. (a) ZOVM stanoví, že povolení může být vydáno za podmínky, že „základní kapitál právnické osoby není více než z 49 % tvořen vklady pocházejícími od zahraničních osob, s výjimkou vkladů od zahraničních osob se sídlem nebo bydlištěm v některém z členských států Evropské unie.“

kterého „kolene“ příbuzných obchodních společností lze legitimně zkoumat původ kapitálu. Navíc přílišná přísnost by tu neměla význam, pokud podnikatel bude chtít, původ kapitálu vždy může zakrýt.

3.3. Založení společnosti podle cizího práva

Až do roku 2001 bylo možné v ČR založit společnost podle cizího práva.⁵⁹ Do 1.1.2001 stanovil § 24 odst. 2 ObchZ, že „[p]rávnícká osoba může být založena podle československého nebo jiného práva“. Novelou ObchZ č. 370/2000 Sb. byl druhý odstavec změněn do dnešní podoby, dnes „[p]rávnícká osoba může být založena pouze podle českého práva.“ Důvodová zpráva k novele č. 370/2000 Sb. k uvedené změně uvádí: „Ustanovení § 24 odst. 2 v platném znění podřizovalo české subjekty zahraničnímu právu jenom proto, že mezi jejich zakladateli byla zahraniční osoba. Taková úprava zakládala nerovnost právnických osob a byla-li realizována, i velké aplikační problémy. Dvojitý režim právnických osob je neslučitelný se zásadou rovnosti subjektů a rovněž se zásadou právní jistoty.“⁶⁰

Ke změně uvádí kolektiv autorů šedého komentáře CH Beck, že „Možnost založit českou právníckou osobu podle cizího práva byla s účinností od 1. 1. 2001 zrušena, neboť v praxi se přípuštění této možnosti neosvědčilo.“

Dnes tedy pokud bychom pojali úmysl založit právníckou osobu, jejíž osobní statut by se řídil jiným právem než českým, a která by měla sídlo v ČR, museli bychom podstoupit složitější proceduru. Nutně bychom založili společnost v jurisdikci, jejíž právní řád by byl v ČR aplikovatelný na poměry společnosti v závislosti na principu inkorporace. Poté by sídlo společnosti bylo přemístěno na území ČR s tím, že vnitřní poměry právnícké osoby by se nadále řídily právním řádem, podle něhož byla založena. Tento postup je předvídan § 26 odst. 1, odst. 3 a odst. 4 ObchZ.

⁵⁹ ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha, C. H. Beck, 2009, str.59.

⁶⁰ Bod č. 24, 26 a 27 důvodové zprávy.

3.4. Úprava přemístění sídla

Na mnohé nedostatky § 26 ObchZ poukazuje právní věda. Jedním z těchto nedostatků je jeho výslovná aplikace na právnické osoby, přičemž je otázkou zda lze použít extenzivní výklad a považovat okruh subjektů za stejný s osobami jinými než fyzickými podle § 22 ObchZ. Z hlediska slučitelnosti ObchZ s právem EU nezbyvá než extenzivní výklad připustit.⁶¹

Aby byla zachována ochrana třetích osob⁶², stanoví § 26 odst. 3 ObchZ, že „ručení [...] společníků nebo členů vůči třetím osobám [...] nesmí být nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby.“ Požadavek vyjádřený v § 26 odst. 3 ObchZ (tzv. požadavek *de minimis*) se nevztahuje pouze na ručení společníků, ale lze také dovodit požadavek minimální výše základního kapitálu obchodní společnosti.⁶³ Podle mého názoru ne vždy může požadavek minimální výše ručení a základního kapitálu poskytnout třetím osobám dostatečnou jistotu. Konkrétně požadavek ručení může zcela selhat v případech společnosti s ručením omezeným. Ochranná funkce základního kapitálu taktéž ztratila na svém původu,⁶⁴ na úrovni EU došlo v tomto ohledu dokonce k novelizaci Druhé směrnice.

Zcela běžným a zřejmým jevem je založení a následný vznik společnosti s ručením omezeným se splaceným základním kapitálem 200.000 Kč, přičemž bezprostředně po založení tato společnost poskytne jiné osobě úvěr ve výši svého základního kapitálu. V daném případě má společnost stále zapsaný základní kapitál v plné minimální výši, ale nedisponuje žádnými likvidními prostředky. Drží pouze pohledávku, která se dokonce může ukázat bezcennou, a to v závislosti na povaze dlužníka.⁶⁵ Na znázorněném případě vidíme, že formalistický požadavek ochrany dle §

⁶¹ Ke zmíněnému problému viz také CHOBOLA, Tomáš. *Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR*. Právní rozhledy 16/2004, s. 599. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

⁶² Argument vyjádřený v ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha, C. H. Beck, 2009, str.58.

⁶³ Shodně CHOBOLA, Tomáš. *Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR*. Právní rozhledy 16/2004, s. 599. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

⁶⁴ Viz. také ČERNÁ, S., *Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?*, Právní rozhledy 22/2005, str. 816, dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>

⁶⁵ V uvedeném případě odhlížím od odpovědnosti za škodu jednatelů a od jejich případné trestněprávní odpovědnosti.

26 odst. 3 ObchZ může být zcela zbytečný. Navíc do transakčních vztahů s mezinárodním prvkem vnáší prvek nejistoty a zvyšuje náklady na poradenské služby. Zde ekonomika obchodního zákoníku selhává. Mnohem efektivnější a přehlednější pro podnikatele, ale i spotřebitele, by bylo zanechání plně funkční úpravy práva státu, podle něhož by byla společnost založena. Ochrannou funkci základního kapitálu by bylo možno nahradit specifickými požadavky na kapitálovou přiměřenost obchodních společností.

Modernější přístup ohledně výše základního kapitálu a ručení společníků za závazky společníků byl obsažen v návrhu nového obchodního zákoníku, vyhotoveným Bohumilem Havlem.⁶⁶ Výstižně problematické aspekty současného pojetí základního kapitálu popisuje v důvodové zprávě k návrhu. Podle navržené úpravy byla stanovena minimální výše základního kapitálu na úrovni 1 Kč. *„Základní kapitál je věcně sice zachován, nicméně vzhledem k tomu, že ztratil svůj význam při ochraně věřitelů (a je nahrazen ochranou přes insolvenční zákon, test insolvency, pravidla wrongful tradingu, pravidel správy majetku s.r.o. a regulaci podnikatelských seskupení), je jeho výše liberalizována – napříště je tak stanoveno, že minimální výše vkladu je 1000 CZK, ledaže je ve společenské smlouvě určeno jinak. Základní kapitál tak může být minimálně 1 CZK, maximum není omezeno (obdobně Velká Británie, Francie nebo Německo, tedy stěžejní evropské regulace).“*⁶⁷

Návrh nového obchodního zákoníku je v tomto ohledu úsporný, nezatěžuje podnikatele zbytečnými náklady za instrument, který není potřebný ani není schopný zajistit ochranu třetích stran. Jak říká autor obchodního zákoníku, *„[k]orporační právo má směřovat k takovému modelu budoucího chování, který je jednak chtěný z pohledu*

⁶⁶ JUDr. Bohumil Havel Ph.D. je vyučujícím na katedře obchodního práva Fakulty právnické Západočeské univerzity v Plzni.

⁶⁷ Zvláštní část důvodové zprávy, komentář k § 132 - § 148, Důvodová zpráva k návrhu nového obchodního zákoníku dostupná na <http://portal.justice.cz/ms/PrintPage.aspx?o=23&j=33&k=381&d=11551>.

společenské kontroly, a jednak zohledňuje soukromoprávní jednání regulovaných subjektů.“⁶⁸

3.5. Pojem právnická osoba

3.5.1. Pojem „osoba“

Pojem osoba není v českém právu obecně nijak definován. Jedinou, nepřímou, definici nalezneme v OZ, který účastníky právních vztahů (osoby) rozděluje na fyzické a právnické⁶⁹.

Speciální předpisy, např. ZoDP přímo navazuje na ustanovení OZ o právnických osobách. ZoDP považuje za poplatníky daně z příjmů právnických osob „osoby, které nejsou fyzickými osobami“⁷⁰. ZoDP ve svém ustanovení označením poplatníků daně z příjmů právnických osob nepřímo odkazuje na rozdělení osob v OZ. Můžeme usuzovat, že za osobu české právo obecně považuje pouze fyzickou nebo právnickou osobu, nic jiného.⁷¹

3.5.2. Pojem právnická osoba

OZ mezi právnické osoby řadí⁷² (i) sdružení FO nebo právnických osob, těmi jsou především soukromoprávní a veřejnoprávní korporace, jejichž faktický základ tvoří členové právnické osoby (osobní substrát), patří sem zejména obchodní společnosti⁷³, (ii) účelová sdružení majetku, jejichž podstatu tvoří majetkový soubor (jmění), vyčleněný k předem určenému účelu, a mezi která řadíme právnické osoby nadačního

⁶⁸ HAVEL, Bohumil, *Předpokládané změny obchodního práva při rekodifikaci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona*. Obchodněprávní revue 1/2009, s. 1 [cit. 14. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

⁶⁹ § 7 a § 18 OZ.

⁷⁰ § 17 odst. 1 ZoDP.

⁷¹ S výhradou odkazu na cizí právní řády.

⁷² § 18 odst. 2 OZ.

⁷³ Sdružení fyzických nebo právnických osob dle § 829 - § 841 OZ, která vznikají s cílem dosažení sjednaného účelu na základě smlouvy o sdružení, nemají právní subjektivitu a nemohou být považovány za právnické osoby, stejně tak i tiché společenství dle § 673 – 681 ObchZ.

(fundačního) typu⁷⁴, (iii) jednotky územní samosprávy (tj. kraje a obce) a (iv) jiné subjekty, o nichž to stanoví zákon.

Bod (iv) výše naznačuje, že definice právnické osoby v OZ neposkytuje úplný výčet subjektů, které je možné považovat za právnické osoby. Zákon nemusí subjekt výslovně označit za PO, ale stačí, že mu přizná určité vlastnosti, které jsou pro právnické osoby typické. Právní věda⁷⁵ tyto vlastnosti charakterizuje jako:

- (a) majetkovou autonomii, tj. schopnost nabývat, mít a zcizovat majetek, nabývat majetková práva a zavazovat se k povinnostem majetkové povahy,
- (b) identifikační znaky, které právnické osoby profilují jako organizovaný útvar – název, sídlo a předmět činnosti právnické osoby, a
- (c) požadavek na stabilitu právnické osoby v čase a na její alespoň minimální vnitřní organizační strukturu.

Nehledě na výše uvedené teoretické vymezení právnické osoby, prakticky v úpravě obchodních společností je výslovně stanoveno, který subjekt je právnickou osobou a který nikoliv. Teoretická kritéria viz výše lze použít v hraničních případech přicházející v úvahu spíše ve správním než obchodním právu. Jelikož je v obchodním právu otázka právnických osob vyřešena výslovným označením, dále v rámci této rigorózní práce označuji za právnické osoby pouze ty, které jsou označeny zákonem.

Konkrétně můžeme mezi právnické osoby dle bodu (iv) výše (tj. jiné subjekty, o nichž to stanoví zákon) zařadit např. státní podniky, státní rozpočtové a příspěvkové organizace a právnické osoby upravené zvláštními zákony, jako Českou národní banku, České dráhy, Garanční fond atd.

3.5.3. Právní subjektivita a způsobilost k právním úkonům

Všem právnickým a fyzickým osobám občanský zákoník přiznává právní subjektivitu, tedy způsobilost mít práva a povinnosti (způsobilost být nositeli práv a povinností). Právní subjektivita je nezbytnou vlastností právnických a fyzických osob.

⁷⁴ Nadacemi rozumíme soukromoprávní právnické osoby. Fondy rozumíme právnické osoby vzniklé ve veřejnoprávním režimu fondového typu (např. Fond národního majetku ČR a Pozemkový fond ČR).

⁷⁵ ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan a kolektiv, *Občanský zákoník I, II*, 1. vydání, Praha 2008, s. 212.

Pokud zákon stanoví, že subjekt není nositelem právní subjektivity, nemůže být právnickou osobou.

Zároveň jsou právnické a fyzické osoby způsobilé k právním úkonům,⁷⁶ což znamená, že jsou oprávněny nabývat práva a zavazovat se k povinnostem vlastním právním jednáním.

3.5.4. Speciální úprava pojmu osoba

Významnými mohou být odlišné úpravy pojmu osoba obsaženy v jiných právních předpisech, a to např. v mezinárodních smlouvách o dvojím zdanění. Mnohé z těchto mezinárodních smluv vycházejí ze znění modelové smlouvy OECD o dvojím zdanění.⁷⁷ Modelová smlouva OECD stanoví okruh osob, na které se vztahuje, odlišně od OZ. Jinými slovy, vztahuje se na osoby tak, jak jsou definovány v Modelové smlouvě OECD, nehledě na OZ.

Modelová smlouva OECD zahrnuje pod pojem osoba následující entity: (i) fyzické osoby, (ii) obchodní společnosti a (iii) „*any other body of persons*“.⁷⁸ Pojem „*any other body of persons*“ zahrnuje entity bez právní subjektivity a entity, které nejsou dle národních předpisů samostatně zdanitelné.⁷⁹

Modelová smlouva OECD tedy do pojmu osoba zahrnuje i entity bez právní subjektivity. V tomto ohledu je pojem osoba podstatně rozšířen od jeho významu dle OZ. Dle Modelové smlouvy OECD by mohlo být osobou také sdružení fyzických nebo právnických osob vzniklé na základě smlouvy o sdružení⁸⁰, stejně tak i tiché

⁷⁶ U právnických osob způsobilost k právním úkonům vzniká okamžikem jejich vzniku (tj. zápisem do obchodního rejstříku). Subjektivita právnických osob může být omezena jen zákonem.

⁷⁷ Výklad pojmů vychází z komentáře: VOGEL, Klaus: *Double Taxation Conventions*, 3rd edition, Kluwer Law International 1997, s. 86-103 a 170-174.

⁷⁸ Čl. 3 Modelové smlouvy OECD o zamezení dvojímu zdanění v oblasti zdanění příjmů a majetku, 1963.

⁷⁹ Švýcarské, francouzské a americké právo pod tento pojem (na rozdíl od práva anglického) řadí např. entity označované jako partnership. Blíže k pojmu Klaus Vogel on Double Convention Taxations, Kluwer Law International 1999, s. 173.

⁸⁰ Viz. § 829 - § 841 OZ.

společenství vzniklé na základě smlouvy o tichém společenství,⁸¹ která nemají dle OZ právní subjektivitu, nejsou dle OZ osobou a představují tak pouze smluvní ujednání.

Společnost podle modelové smlouvy představuje jakékoliv „*body corporate*“ nebo jakoukoliv entitu, se kterou se pro daňové účely zachází jako s „*body corporate*“.⁸² Pojem „*body corporate*“ je chápán jako sub-kategorie pojmu společnost (a tedy i pojmu osoba) a jako entita s právní subjektivitou.⁸³

Vzhledem k výše uvedenému lze uzavřít, že pojem osoby dle Modelové smlouvy zahrnuje jak osoby dle českého práva (tj. FO a společnosti), navíc k nim však přidává další, tzv. *any other body of persons*, které podle českého práva osobami nejsou.

3.5.5. Inkorporační princip v praxi –trust a české právo

Současný právní řád ČR neobsahuje úpravu trustů.⁸⁴ Není tudíž možné podle českého práva založit trust identický s trusty dle Common Law. Tradiční podobě trustu se lze pouze jen vzdáleně přiblížit. Opatrování majetku za určitých podmínek lze bez obtíží sjednat smluvně. Výsledek takové dohody bude ale ovlivněn českým právem a použitý smluvní vztah se proto bude od tradičního trustu lišit. Nejmarkantnějším rozdílem je skutečnost, že opatrovaný majetek by i nadále byl ve vlastnictví původního vlastníka. Nedošlo by tedy k podobným výhodám jako u trustu.⁸⁵

⁸¹ Dle § 673 – 681 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník („obchodní zákoník“ a také „ObchZ“).

⁸² Čl. 3 Modelové smlouvy OECD o zamezení dvojímu zdanění v oblasti zdanění příjmů a majetku, 1963.

⁸³ Za *body corporate* se považují podle anglosaského práva většinou trusty, podle německého práva Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (družstva), které kvůli nesprávné registraci postrádají právní subjektivitu, dále Vereine (spolky), Anstalten (nadace), Stiftungen (nadace, fondy) a Zweckvermögen (nadace se zvláštním účelem).

⁸⁴ Návrh nového občanského zákoníku obsahuje úpravu tzv. svěřeneckého fondu. Návrh vychází z úpravy trustů v občanském zákoníku Quebecu. Tento svěřenecký fond bývá označován jako „trust v českém právu“. Je ale nejisté kdy a zda vůbec vstoupí tento návrh v platnost.

⁸⁵ Vyjmutí z majetkové podstaty původního vlastníka může mít podstatné důsledky pro dědické řízení, daňové účely, alokace rizika, ochranu informací o majetku a další.

K tomu, aby český rezident čerpal výhod trustu, musí tedy využít právních rádu jiných zemí.⁸⁶ Trust a vztahy k majetku do něj vloženého se bude řídit právem země, ve které byl trust založen.⁸⁷ Tak by česká osoba mohla docílit výhod spojených s trustem.

Trust lze⁸⁸ považovat za daňově transparentní entitu. To má za důsledek, že ČR nepříjde, kvůli použití inkorporačního kritéria, o daně ze zisků plynoucí z trustu českým rezidentům. Příjem beneficentů trustu (stejně tak jako zisky z jiných daňově transparentních entit) podléhá právnímu rádu země, ve které jsou beneficenti rezidenty. Takové jednostranné zdanění ale musí být podpořeno oběmi právními rády (resp. mezinárodní smlouvou, např. vycházející z modelové smlouvy OECD zmíněné výše), a to ve kterém je trust založen a ve kterém reziduje beneficent. Tak například právo státu Guernsey stanoví, že „Trusty, založené dle práva Guernsey nejsou subjektem daně z příjmu, pokud beneficenti trustu nejsou rezidenty Guernsey a příjem trustu plyne z jiných zemí než z Guernsey. Guernsey nezatěžuje trust žádným zdaněním, které by mohlo narušit majetkovou podstatu trustu“.⁸⁹ Stejně tak Guernsey nezatěžuje daní ani beneficenty trustu. Daně budou odvedeny v jiném státě, např. v ČR. Uvedený případ zohledňuje zejména standardní průhlednou strukturu trustu, kde jméno beneficenta je daňovým úřadům známé. Lze použít i jinou formu s nezveřejněným jménem beneficenta. V žádném případě by se ale nemělo různorodých podob trustů, a informační asymetrie mezi beneficentem a státními úřady, zneužívat pro jakékoli protiprávní jednání, např. daňové úniky.

Pro jistotu ohledně příslušnosti státu ke zdanění transparentní entity – trustu je nutná vždy pečlivá analýza mezinárodních smluv o dvojím zdanění mezi ČR a druhým státem a při neexistenci těchto smluv analýza jejich národních daňových předpisů.

Trust v zásadě nemá právní subjektivitu. Teoreticky lze uvažovat i o možnosti použití trustů se sídlem na území ČR. Prakticky si však nelze představit důvod, proč by

⁸⁶ Pojišťovna Generali International např. ve svém dokumentu Professional Portfolio – Policy Terms and Conditions výrazně doporučuje právo státu Guernsey.

⁸⁷ Nicméně nemůžeme vyloučit žaloby na majetkovou podstatu trustu z jiných jurisdikcí, nárokuje si práva vyplývající z právních rádu jiných než sídla trustů. Míra úspěšnosti takových nároků bude záležet na dokonalosti práva země, ve které byl trust založen.

⁸⁸ Dle Sdělení MF k praktické aplikaci Pokynu č. D-268.

⁸⁹ Překlad z *Generali International, Professional Portfolio – Policy Terms and Conditions*, s. 8.

si měl někdo přemísťovat trust na území ČR. Dopady na právní vztahy jsou jenom s obtížemi předvídatelné. Právním Guernsey by se stále řídil osobní statut trustu. Další otázky, do kterých spadá i úprava vlastnického práva, by se však musely řídit českým právem. Tam, kde by nebylo možné sjednat cizí právo, by zůstaly výhody trustu nevyužity. Trust je v zásadě pouze majetek, který se obhospodařuje sám na základě svých stanov. Je rozporuplné, zda by česká kogentní úprava věcných práv povolila to, aby trust, který nemá právní subjektivitu (nehledě na § 21 - § 26 ObchZ) mohl být vlastníkem majetku. Velice pravděpodobné je, že právo ČR k takovým radikálním výkladům ObchZ a OZ připraveno není. V důsledku, pokud přemístíme sídlo trustu na území ČR, ohrožujeme jeho výhody z pohledu inkompatibility českého práva. Není tedy nic jednoduššího, než sídlo trustu nechat na ostrovech a využívat jejich služeb vzdáleně.

4. Judikatura SDEU

SDEU již dlouhá léta svojí judikaturou stabilně rozvíjí a interpretuje svobodu usazování obchodních společností. Klíčová rozhodnutí SDEU se zabývají interpretací čl. 49 a 54 SFEU. SDEU byl evropským průkopníkem v uvolňování svobody usazování. Ještě před SFEU byly, v polovině dvacátého století, zaznamenány dva pokusy o sjednání „*multilaterálních mezinárodních smluv upravujících základní otázky mezinárodního práva společností*“ – Haagské úmluvy ze dne 31. října 1951 a Bruselské úmluvy o vzájemném uznávání společností a právnických osob z 29. února 1968.⁹⁰ Tyto nadějně pokusy nebyly úspěšné a nepřeklenuly rozdíly panující mezi členskými státy týkající se zejm. rozporů co do použití principu inkorporace nebo sídla.

Rozhodnutí SDEU zmíněná v této rigorózní práci pramení z nesouladu SFEU s právními řády jednotlivých členských států. I když SFEU zakotvuje svobodu usazování do primárního práva, není ji možné prosadit jinými nástroji než právě autoritativními soudními rozhodnutími SDEU. Na rozhodovací činnost SDEU lze nahlížet i z jiného úhlu, státy zkoušejí posíláním předběžných otázek SDEU, jaký je vlastně postoj SDEU k přeshraničním obchodním společnostem. Problémem svobody usazování je nesoulad mezi požadavkem svobody usazování na straně jedné a absencí kolizněprávních pravidel na straně druhé.⁹¹ SDEU tak svými rozhodnutími tvoří chybějící právo. SDEU vydal mnoho rozhodnutí, přičemž některá z nich se svým významem zapsala do historie. Předně je třeba upřesnit, že SDEU neposuzuje přímo otázku rozhodného práva platného pro společnost. SDEU pouze posuzuje soulad právních úprav jednotlivých členských států s SFEU. Uváděná rozhodnutí se pak dotýkají mezinárodního práva soukromého pouze nepřímo.⁹²

Rozhodnutí Daily Mail, Centros, Überseering a Inspire Art změnila v některých zemích podstatně úpravu svobodu usazování a tímto ovlivnila podstatným způsobem

⁹⁰ SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784 [cit. 6. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

⁹¹ LOWRY, John. *Eliminating Obstacles to Freedom of Establishment: The Competitive Edge of UK Company Law*. Cambridge Law Journal, 63(2), 7/2004, s. 332 [cit. 5. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

⁹² PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244 [cit. 13. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

život společností v Evropě. Některými komentátory jsou tato rozhodnutí označena jako „*land mark cases*“, které tvoří první vlnu rozhodnutí SDEU týkající se uvolňování bariér volného usazování společností v rámci EU. Druhou vlnou pak byla rozhodnutí ve složitějších případech přeshraničních přeměn a daňových otázek skupiny společností v rozhodnutích Hughes de Lasteyrie, Marks & Spencer⁹³ a Cadbury Schweppes.

SDEU zastává liberální přístup a je otevřený hospodářskému rozvoji. S každým novým rozhodnutím se interpretace rozvíjela k větší otevřenosti této svobody usazování.

4.1. Procesní aspekty řízení před SDEU

Veškerá rozhodnutí SDEU uvedená v této rigorózní práci vznikla na základě předběžné otázky položené národním soudem. V souladu s obecnou úpravou obsaženou v čl. 267 SFEU, může položit předběžnou otázku soud členského státu, pokud se tato otázka týká výkladu práva EU.⁹⁴ Účastníci řízení před soudem členského státu nejsou sami aktivně legitimováni k podání předběžné otázky. Mohou soudu podat návrh k položení předběžné otázky, ale nemají na podání otázky národním soudem k SDEU nárok, a to ani v případech, kdy je soud k podání otázky zásadně povinen.⁹⁵ Aktivně legitimován je pouze soud členského státu. Výkladem pojmu *soud členského státu* se SDEU zabýval mj. v rozhodnutí Nordsee⁹⁶, kde stanovil, že znaky takové instituce jsou „*zřízení podle národního práva členského státu, její účel, kterým je řešení sporů, stálost takové instituce, okolnost, že procesní předpisy, kterými se řídí jsou obdobné jako předpisy rozhodné pro soud a okolnost, že se rozhoduje podle právních norem*“.⁹⁷ Samotné označení instituce jako soudu není rozhodné.

⁹³ ANGELETTE, Benjamin. *The revolution that never came and the revolution coming De Lasteyrie du Saillant, Marks & Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe*. Virginia Law Review Vol. 92/2006, s. 1196 cit. 30. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

⁹⁴ Pro přesnost lze doplnit, že za jistých podmínek soud členského státu nejenom, že může, ale dokonce musí podat předběžnou otázku. Podle článku 267 SFEU „[...] Vyvstane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, jehož rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na [ESD].“.

⁹⁵ Svoboda, P. Úvod do evropského práva. 2. podstatně přepracované vydání, s. 136.

⁹⁶ Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG (102/81) [1982] E.C.R. 1095.

⁹⁷ TICHÝ, Luboš a kol., *Dokumenty ke studiu evropského práva, 3. přepracované vydání, Linde 2006*, s. 459.

Interním pracovním jazykem SDEU je francouzština. „*Proto všechny dokumenty překládá jazyková služba SDEU nejdříve do francouzštiny, pak do příslušného jazyka řízení.*“⁹⁸

Sídlem SDEU je Lucemburk.⁹⁹ V Lucemburku se konají ústní jednání před SDEU. Do budoucna se uvažuje o zřízení poboček SDEU v členských státech, tato iniciativa ale není jednoznačně přijímaná.

SDEU se v zásadě omezuje na interpretaci práva EU. Pokud se soud členského státu rozhodne, že požádá SDEU o předběžnou otázku, řízení přeruší.¹⁰⁰ SDEU rozhodne pouze o výkladu položené otázky v souvislosti s právem EU, SDEU nerozhoduje o záležitostech právem EU neupravenými. Rozhodnutí SDEU je pro soud členského státu závazný. Navíc jsou rozhodnutí SDEU obecně závazná a tvoří jeden z pramenů práva EU. Soud členského státu po zodpovězení předběžné otázky pokračuje v řízení a v tomto řízení sám rozhodne. Předmětem předběžné otázky mohou být všechny prameny evropského práva, „*od primárního po jakýkoliv akt orgánu [EU], včetně samotných rozhodnutí [SDEU], [Evropské centrální banky], i orgánů vytvořených vnějšími smlouvami [...] Podle [SDEU] do předmětu výkladové předběžné otázky může výjimečně patřit i národní předpis, jenž dobrovolně odkazuje či reprodukuje komunitární normu, čímž rozšiřuje věcnou působnost aplikace komunitárního práva [...]*“.¹⁰¹

V řízení před SDEU má zcela zásadní povahu úloha generálního advokáta. Podle čl. 252 odst. 2 SFEU „*Úlohou generálních advokátů je předkládat veřejně, zcela nestranně a nezávisle odůvodněná stanoviska ve věcech, které podle statutu Soudního dvora vyžadují jeho účast.*“ Kvalitou argumentace mají generální advokáti fakticky silný vliv na rozhodnutí. Generální advokáti měli podstatnou roli i v případech rozebíraných v této rigorózní práci. Pro SDEU názor generálního advokáta však není

⁹⁸ Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2004, s. 344.

⁹⁹ Ibid., s. 169.

¹⁰⁰ viz. §109 odst. 1 písm. d OSŘ.

¹⁰¹ Svoboda, P. Úvod do evropského práva. 2. podstatně přepracované vydání, s. 135.

závazný a může se od něj také odchýlit. Navíc, Smlouva z Nice umožnila rozhodnout o předběžné otázce bez vyjádření generálního advokáta.¹⁰²

Proti rozsudku SDEU v řízení o předběžné otázce není možné podat opravný prostředek. Proti rozhodnutí soudu členského státu lze podat řádný nebo mimořádný prostředek v souladu s národními právními předpisy.

O předběžné otázce rozhoduje SDEU v zásadě v senátu.¹⁰³ Podle čl. 104b odst. 5 Jednacího řádu SDEU mohou o předběžné otázce rozhodovat nejenom pětičlenné, ale také tříčlenné senáty. Věc může být také předložena kolegiu složenému z většího počtu soudců.

Obecně, podle čl. 16 odst. 5 Statutu SDEU, může SDEU předložit plénu každou věc, která má mimořádný význam. Lze se domnívat, že na základě tohoto ustanovení by bylo možné projednat v plénu i předběžnou otázku. Projednávání předběžných otázek se však běžně děje v senátech tak, jak je stanoveno v Jednacím řádu SDEU.

Pro zajímavost, průměrná doba rozhodování o předběžné otázce byla v roce 2008 16,8 měsíců.¹⁰⁴

4.2. *Daily Mail*

Rozhodnutí *Daily Mail* se zabývá přeshraničním přemístěním sídla. Předběžná otázka byla doručena SDEU dne 19. března 1987. SDEU rozhodl 27. září 1988, tedy více než 18 měsíců po doručení.

Daily Mail je případ spadající zejména do oboru práva mezinárodního zdanění. Společnost *Daily Mail and General Trust PLC* byla společností založenou podle anglického práva se sídlem v Londýně. Tato společnost měla v úmyslu prodat část majetku, a proto, aby se vyhnula vysokému daňovému zatížení v Anglii, rozhodla se přemístit své sídlo do Nizozemí, ale také zachovat anglické právo jako rozhodné pro

¹⁰² GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, str. 495.

¹⁰³ Arg. *a contrario* čl. 16 odst. 4 Statutu ESD.

¹⁰⁴ Information for the press No 17/09 < <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp090017en.pdf>>.

řešení vnitřních poměrů. K přemístění sídla z Anglie bylo nutné získat předchozí povolení anglického ministerstva financí. Požadované povolení nebylo vydáno a společnost se obrátila na soud, který posléze položil předběžnou otázku SDEU.¹⁰⁵

Podstatná část otázky byla formulovaná následovně:¹⁰⁶ „brání články [49 a 54 SFEU] zákazu přemístění sídla obchodní společnosti do jiného státu bez předchozího schválení státním úřadem?“.

V rozhodnutí Daily Mail se soud přiklonil k interpretaci, že i přes to, že společnosti nespadají do režimu Směrnice 2004/38/ES, která upravuje právo fyzických osob opustit jejich domácí členský stát EU, mají společnosti podobná práva jako fyzické osoby.¹⁰⁷ Na druhou stranu SDEU dále odůvodňuje závěr, že bezprostřední účinek čl. 49 a 54 SFEU se nevztahuje v plné míře na právnické osoby, které hodlají přemístit skutečné sídlo, přičemž by formální sídlo zůstalo v zemi založení.¹⁰⁸

SDEU v Daily Mail shledal dodatečné povinnosti stanovené společností k přenesení jejího sídla z Anglie do Nizozemska za legitimní. Požadavek, aby společnost byla nejdříve v Anglii zrušena a až poté založena v Holandsku, měl zabránit konfliktům, které by mohly vzniknout z důvodu rozdílného přístupu při určení postupu přemístění sídla z jednoho státu do druhého.¹⁰⁹ Tento postup nebyl sjednocen SES ani SFEU, a tak aktivita byla ponechána v rukou zákonodárců jednotlivých členských států.¹¹⁰

I přes to, že SDEU v Daily Mail rozhodl pro společnost nepříznivě, měl rozsudek značný význam. Odpověděl totiž kladně na otázku, zda mají obchodní

¹⁰⁵ Popis skutkového stavu částečně v TICHÝ, Luboš a kol., *Dokumenty ke studiu evropského práva, 3. přepracované vydání*, Linde 2006, s. 642.

¹⁰⁶ Následuje překlad autora z anglické verze rozhodnutí.

¹⁰⁷ Bod 15 rozhodnutí.

¹⁰⁸ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 807.

¹⁰⁹ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 807.

¹¹⁰ Body 20, 21 a 23 rozhodnutí.

společnosti obdobné právo pohybu jako fyzické osoby.¹¹¹ Závěry učiněné v rozhodnutí Daily Mail byly postupem času modifikovány dále směrem k liberalizaci svobod usazování další judikaturou SDEU.

4.3. Centros

Rozhodnutí Centros je považováno „za základ evropského práva společností a zároveň začátek konce principu sídla v rámci EU“¹¹². Rozhodnutí soudu členského státu o položení předběžné otázky ze dne 3. června 1997 bylo doručeno SDEU dne 5. června 1997. SDEU rozhodl 9. března 1999, tedy více než 1 rok a 9 měsíců po doručení.

Centros navazuje na právní otázku, která byla řešena v rozhodnutí Daily Mail. Přčemětem rozhodnutí byla otázka do jaké míry může společnost spoléhat na svobodu usazování vyjádřenou v čl. 49 SFEU při přesídlení na trh jiného členského státu EU.¹¹³ Na rozdíl od Daily Mail restrikce nebyla uložena státem původu společnosti, ale státem, kde společnost měla být nově usídlená.

Společnost Centros Ltd byla formálně založena v Anglii. Veškerou svoji aktivitu měla vyvíjet v Dánsku prostřednictvím organizační složky. Do doby podání návrhu na zapsání organizační složky v Dánsku společnost Centros Ltd nevyvíjela na území Anglie žádnou obchodní aktivitu, společníci byli manželé Dánské státní příslušnosti.¹¹⁴ Sídlo založené společnosti bylo umístěné v nemovisti jejich známého a nikoliv za tržní cenu, která se obvykle platí za pronájem kancelářských prostor.¹¹⁵ V tomto případě šlo o založení formální společnosti s minimálními náklady k obejití přísnějších právních předpisů Dánska.

¹¹¹ TICHÝ, Luboš a kol., *Dokumenty ke studiu evropského práva*, 3. přepracované vydání, Linde 2006, s. 644.

¹¹² SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784 [cit. 7. března 2010]. Dostupné na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹¹³ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 807.

¹¹⁴ Společníci byli manželé Mr. a Mrs Bryde.

¹¹⁵ Bod č. 3 rozhodnutí.

Podle práva platného v Dánsku mohla zahraniční obchodní společnost podnikat na dánském území za podmínky, že v Dánsku založí svou organizační složku.¹¹⁶ Návrh na zapsání organizační složky byl ale dánskými autoritami zamítnut s odůvodněním, že ve skutečnosti Centros Ltd neměla v úmyslu zřídit organizační složku, ale umístit na území Dánska své skutečné sídlo, aniž by společníci byli nuceni založit dánskou společnost a splatit základní kapitál ve výši 200.000,- Dánských korun (tj. v roce 1992, kdy společník Bryde požádal o zapsání organizační složky přibližně 812.600 Kč).¹¹⁷ S ohledem na výši povinného základního kapitálu se snad ani nelze manželům Brydovým divit, že se pokusili tuto povinnost obejít. Na druhou stranu nelze mít ani za překvapivé, že dánský soud chránil finanční zájmy Dánska. V odůvodnění bylo uvedeno, že rozhodnutí zamítající zápis organizační složky neporušuje svobodu usazování vyjádřenou v primárním právu, nýbrž chrání dánské právní předpisy před jejich obcházením, zvláště, je-li zřejmé, že Centros Ltd nevyvíjí v Anglii žádnou aktivitu. Skutečným úmyslem Centros Ltd bylo tedy využít v Dánsku tzv. sekundárního usazení.¹¹⁸ Takové opatření tudíž neslouží k omezení pohybu společností, ale k ochraně věřitelů, jiných třetích osob a k zamezení podvodných insolvencí.¹¹⁹

V právní analýze projednávaného případu byla společníkům na překážku argumentace, která již byla úspěšně použita před SDEU v neprospěch Daily Mail. Konkrétně jde o argument, že úprava přeshraničního pohybu obchodních společností není harmonizovaná, a tak by v celém rozsahu měla být ponechána k regulaci národními předpisy členských států. Druhou překážkou úspěchu ve věci bylo nařčení z obcházení dánských zákonů týkajících se základního kapitálu.¹²⁰ Oba výše uvedené argumenty tentokrát SDEU nepovažoval za tak závažné, aby byly překážkou svobody usazování zaručené v SFEU. Ohledně argumentu o nedostatku harmonizace soud uvedl, že argument není opodstatněný a navíc, že harmonizace úpravy přeshraničního pohybu

¹¹⁶ Bod č. 4 rozhodnutí „*The rules governing the registration of branches ('filialer') of such companies are laid down by the Anpartsselskabslov (Law on private limited companies).*“

¹¹⁷ Středový kurz Dánské koruny dle ČNB ke dni 1.6.1992. Dostupné na internetu <http://www.cnb.cz/cs/financni_trhy/devizovy_trh/kurzy_devizoveho_trhu/denni_kurz.jsp>

¹¹⁸ V orig. secondary establishment.

¹¹⁹ Bod 11 a 12 rozhodnutí.

¹²⁰ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 808.

společností může být v EU v budoucnu dosaženo.¹²¹ Pak by minulá rozhodnutí SFEU mohla ukázat nekoncepční. Co se týče obcházení dánských požadavků na minimální výši základního kapitálu SDEU rozhodl, že nelze diskriminovat jednotlivé společnosti z důvodu rozdílné právní úpravy v členských státech.

Rozsudek Centros přinesl od Daily Mail významný pokrok. SDEU totiž výslovně potvrdil, že čl. 49 a 54 SFEU umožňuje založit společnost v jednom členském státě a posléze vykonávat veškerou činnost ve státě jiném, prostřednictvím organizační složky. SDEU tak potvrdil oprávnění společnosti podnikat v jiném státě i tehdy, pokud ve státě založení nevyvíjí žádnou obchodní činnost. SDEU tedy legitimoval tzv. letter-box společnosti. Tento závěr, i když byl v souladu se stabilní judikaturou SDEU, vyvolal rozsáhlé reakce mezi akademiky i praktiky zabývající se právem obchodních společností. Před vydáním rozhodnutí se předpokládalo, že stěžejním důvodem pro možné zamítnutí případu Centros bude obcházení dánských předpisů. SDEU naopak rozhodl v jiném duchu, když stanovil, že se v posuzovaném případě nejedná o porušení jakýchkoliv předpisů, nýbrž se zde setkáváme s přímým důsledkem svobody usazování obchodních společností v EU a s jejich volným pohybem. Analogickou argumentaci použil SDEU již v dřívějších rozhodnutích ohledně občanství EU a volného pohybu pracovníků.¹²²

4.4. Überseering

Rozhodnutí Überseering pokračovalo v linii nastolené rozhodnutím Centros. Zabývá se otázkou uznání subjektivity zahraniční společnosti. Rozhodnutí soudu členského státu o položení předběžné otázky ze dne 30. března 2000 bylo doručeno SDEU dne 25. května 2000. SDEU rozhodl 5. listopadu 2002, tedy více než 2 roky a 5 měsíců po doručení.

Společnost Überseering BV byla založena podle právního řádu Nizozemí. Posléze společnost koupila v Německu nemovitost, na jejíž opravu zadala zakázku

¹²¹ Bod 28 rozhodnutí.

¹²² GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 809.

německé společnosti Nordic Construction Company Baumanagement GmbH.¹²³ Mezitím 100% obchodního podílu na společnosti Überseering BV získali osoby německé státní příslušnosti. Nizozemí uznávalo inkorporační princip. Německo je státem zastávajícím princip sídla. Ve věci Überseering bylo „hostujícím“ státem Německo, v Německu mělo Überseering BV své faktické sídlo. Z toho důvodu bylo pro uznání právní subjektivity společnosti podle německého soudu nutností zapsat společnost do německého obchodního rejstříku. Jelikož si Überseering BV ponechalo zapsané zahraniční sídlo, odmítlo Německo přiznat této společnosti právní subjektivitu. Německý soud měl za to, že když oba společníci jsou německé státní příslušnosti, tak společnost fakticky přenesla své skutečné sídlo na území Německa. Vzhledem k tomu, že podle interpretace soudu Überseering BV přemístila své sídlo na území Německa, bylo podle platných právních předpisů Německa nutné zaregistrování společnosti do OR. Německo neuznávajíc inkorporační princip nepřiznalo společnosti právní subjektivitu, která byla nabyta v souladu s nizozemskou úpravou. Německo mohlo podle platných národních předpisů uznat pouze subjektivitu společnosti, která měla skutečné a zapsané sídlo ve stejném státě.

Uvedený problém vyšel najevo až v souvislosti s žalobou Überseering BV německé společnost Nordic Construction Company Baumanagement GmbH. Německý soud byl vyjádřil pochyby ohledně aktivní legitimace žalobkyně. *„[P]odle ustálené judikatury Bundesgerichtshof přijímané převládající německou právní naukou se způsobilost k právům a povinnostem společnosti posuzuje v souladu s právem použitelným v místě, kde se nachází její skutečné sídlo („Sitztheorie“ neboli princip sídla), na rozdíl od „Gründungstheorie“ neboli princip založení, podle které se způsobilost k právům a povinnostem určuje v souladu s právem státu, ve kterém byla společnost založena.“*¹²⁴

Německý soud bránil princip sídla. Podle soudu má princip sídla vyšší vliv na ochranu třetích osob a právní jistoty. Doslova bylo uvedeno, že *„hraniční určovatel spočívající v místě založení zvýhodňoval zakladatele společnosti, kteří by si zároveň*

¹²³ BIERMANN, Denis, *Rozsudek Evropského soudního dvora ve věci Überseering – konec teorie faktického sídla?*, Evropské právo 4/2003, s. 11 [cit. 7. ledna 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹²⁴ Bod č. 4 rozhodnutí.

s uvedeným místem mohli zvolit právní řád, který jim nejlépe vyhovuje. To je zásadní slabinou principu založení, která opomíjí skutečnost, že se založení a provozování společnosti rovněž dotýká zájmů třetích osob a zájmů státu, v němž se nachází skutečné sídlo, pokud se toto sídlo nachází v jiném státě než ve státě, v němž byla společnost založena.“,¹²⁵ a dále, že „[v] projednávaném případě jsou zájmy, které má německé právo za cíl chránit, zejména zájmy věřitelů společnosti: právní předpisy týkající se „Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)“ (společností s ručením omezeným německého práva) zajišťují tuto ochranu podrobnými pravidly o splacení a udržování základního kapitálu společnosti. V případě vzájemných vazeb mezi podniky musí být rovněž chráněny závislé společnosti a jejich minoritní společníci, přičemž tato ochrana je v Německu zajištěna takovými pravidly, jako jsou pravidla práva podnikatelských seskupení, a v případě ovládacích smluv, smluv o převodu zisku pravidly, která se týkají odškodnění a poskytnutí finanční náhrady společníkům znevýhodněných těmito dohodami a smlouvami. Konečně, pravidla o spolurozhodování zaručují ochranu pracovníků zaměstnaných společnostmi. Bundesgerichtshof zdůrazňuje, že rovnocenná ustanovení neexistují ve všech členských státech.“.¹²⁶

I přes to, že SDEU při argumentaci uznal podobnost skutkové podstaty případu s případem Daily Mail, rozhodnutí Überseering se zřejmě přiklání k argumentaci použité v Centros. Argument nedostatečné harmonizace přemístění sídla z jedné země do druhé totiž SDEU odmítá jako nezpůsobilý k tomu, aby způsobil restrikcí usazení společností na území jiného členského státu. Na druhou stranu, SDEU přijal obecné důvody omezení usazování osob tak, jak byly zmíněné německým soudem, konkrétně ochranu menšinových akcionářů, věřitelů a třetích osob, zvýšení právní jistoty a dalších legitimních fiskálních zájmů států. Nicméně v konkrétním případě shledal zmíněné důvody jako nedostatečné k odepření právní subjektivity společnosti.¹²⁷ SDEU označil postup německého soudu za rozporný s čl. 49 a 54 SFEU.

¹²⁵ Bod č. 15 rozhodnutí.

¹²⁶ Bod č. 16 rozhodnutí.

¹²⁷ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 810.

Rozhodnutí Überseering tímto potvrdilo svobodu usazování, když SDEU rozhodl, že členský stát musí uznat způsobilost společnosti, která na jeho území přemístila své faktické sídlo, přičemž nepožádala o zápis nového skutečného sídla do obchodního rejstříku a ponechala zapsané formální sídlo v místě původního založení.

Nedá se říci, že by rozhodnutí Überseering mělo za následek překonání principu sídla. SDEU si ponechal prostor pro modifikaci inkorporačního principu ve prospěch veřejného zájmu. Ani v Německu nezpůsobilo rozhodnutí Überseering katastrofické změny v přístupu ke klasifikaci zahraničních společností jako podnikatelů. Německo vykládalo dále rozhodnutí jen přísně v souladu s předmětem rozhodnutí, tedy s případem kdy musí být zahraniční společnosti dána aktivní legitimace v soudním řízení. Denis Biermann k tomuto uvádí: *„Ze strany svazů nechala Německá průmyslová a obchodní komora vypracovat podrobnou analýzu rozsudku, která se ohledně právních důsledků rovněž opírá o jmenovaný bod 92 rozhodnutí. Z hlediska obchodněprávního i živnostenskoprávního je možno pokračovat v dosavadní praxi. Podle ní např. nadále není možno uznat anglickou limited jakožto společnost s ručením omezeným (hrozící obejití povinnosti základního kapitálového vybavení ve výši 25 000 Euro podle německého zákona o společnostech s ručením omezeným oproti 100 britským libráům podle anglického práva); je pouze možno, pokud by se nejednalo o společnost odpovídající společnosti podle občanského zákoníku, kterou nelze zapsat do obchodního rejstříku, anglickou „limited“ zapsat jako veřejnou obchodní společnost či komanditní společnost.“*¹²⁸ Uvedený přístup lze nazvat jako moderní princip sídla, *„který posuzuje formálně zahraniční společnosti, tedy společnosti založené v zahraničí, vyvíjející činnost na území Německa, jako společnosti osobní. To znamená, že takovým společností je nově, na rozdíl od klasického přístupu principu sídla, přiznávána způsobilost být účastníkem řízení.“*¹²⁹

¹²⁸ BIERMANN, Denis, *Rozsudek Evropského soudního dvora ve věci Überseering – konec teorie faktického sídla?*, Evropské právo 4/2003, s. 11 [cit. 7. ledna 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹²⁹ PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244 [cit. 13. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

4.5. *Inspire Art*

SDEU se ve věci *Inspire Art* zabýval otázkami, které byly dřívějšími rozhodnutími ponechány nevyřešené. Právní otázka se týkala toho zda v případě, že společnosti je obecně dovoleno sekundární usazení, může být uložena povinnost zvýšit základní kapitál a dále zda lze na jednatele společnosti aplikovat národní úpravu, která je přísnější než podle práva inkorporace.¹³⁰ Rozhodnutí *Inspire Art* mělo „zásadní význam i pro české právo obchodních společností a podnikání v České republice. Klíčová rozhodnutí SDEU jsou vždy očekávána právníkou veřejností s velkým napětím. V případě rozsudku ve věci *Inspire Art* byla tato očekávání vyšší než jindy, neboť nebylo jasné, zda a jak SDEU naváže na předcházející judikaturu.“¹³¹

Nizozemí tradičně přiznává subjektivitu zahraniční společnosti bez ohledu na umístění skutečného sídla. Již v roce 1886 rozhodl nizozemský nejvyšší soud ve prospěch subjektivity zahraniční entity působící na území Nizozemí.¹³² Nicméně od roku 1985 Nizozemí zpřísnilo regulaci obchodních společností. Účelem přísné regulace byla zejména ochrana akcionářů, společníků a třetích osob, včetně navázání obchodněprávních norem na místní insolvenční předpisy a propojení s procesními předpisy umožňující specifické žaloby vůči společnosti a jejímu managementu. V reakci na toto zpřísnění bylo zakládáno více tzv. pseudo-zahraněních společností. V roce 1991 mělo sídlo na území Nizozemí pouze necelá tisícovka zahraničních společností. V roce 1994 jich bylo něco přes 1400, v roce 1996 okolo 4000. I přes to, že v porovnání s celkovým počtem společností registrovaných na území Nizozemí (803.000) byl počet pseudo-zahraněních společností nepatrný, nizozemský ministr zahraničí se rozhodl „*utnout tento trend v jeho zárodku*“ a prosadil přijetí nového

¹³⁰ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 811.

¹³¹ SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš, *Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art*, Právní rozhledy 4/2004, s. 147. [citace 13. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹³² DE KLUWRER, Harm-Jan. *Inspiring a New European Company Law?* European Company and Financial Law Review 1/2004, s. 121 – 134 [cit. 5. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

zákona zpřísňující požadavky na zahraniční osoby, které se usazují na území Nizozemí.¹³³

Inspire Art přišel v době, kdy v Nizozemí vypukl boom s podnikáním prostřednictvím organizační složky anglické společnosti s ručením omezeným - Limited Liability Company (Ltd.). Nizozemí se snažilo bránit přílivu Ltd. (přičemž většina společníků Ltd. byli osoby nizozemské státní příslušnosti) tím, že stanovilo zahraničním povinnostem dodatečné povinnosti, jako označení „*formálně zahraniční společnost*“ a minimální základní kapitál, který byl mnohem vyšší než základní kapitál Ltd. v Anglii. Takové dodatečné povinnosti označil SDEU za rozporné se svobodou usazování dle SFEU.

Společnost Inspire Art Ltd byla společností založenou podle práva Anglie a Walesu, jediným společníkem i jednatelem byl občan Nizozemí sídlící v Haagu, který prostřednictvím organizační složky anglické Inspire Art Ltd podnikal v Amsterdamu. Společnost neměla k Anglii faktický vztah, byla založena účelově k tomu, aby bylo možno podnikat na území Holandska bez omezení uloženými holandským korporátním právem, které bylo přísnější než právo anglické.

Společnost Inspire Art Ltd byla zapsána do obchodního rejstříku bez požadovaného označení „*formálně zahraniční společnost*“. Nizozemská obchodní komora se obrátila na rejstříkový soud s požadavkem doplnění požadovaného zápisu do obchodního rejstříku. Požadavek zveřejnění obdobných korporátních označení se týkal všech společností zapsaných v nizozemském obchodním rejstříku. Vůči jiným nizozemským společnostem tudíž Inspire Art diskriminovaná nebyla. Nicméně Inspire Art Ltd se proti návrhu obchodní komory bránila a popřela, že by informace uvedené v nizozemském obchodním rejstříku nebyly kompletní a v souladu s právními předpisy.¹³⁴

¹³³ DE KLUWRER, Harm-Jan. *Inspiring a New European Company Law?* European Company and Financial Law Review 1/2004, s. 121 – 134 [cit. 5. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

¹³⁴ Ke skutkovým okolnostem případu bod č. 34 – 39 rozhodnutí.

Vzhledem ke vlivu na vnitrostátní právní úpravu podpořily v následném řízení před SDEU Nizozemské království vlády dalších států, a to konkrétně vlády Německa, Itálie a Rakouska. Tyto státy podaly vyjádření k SDEU ve kterých argumentovaly, že postup ohledně společnosti Inspire Art Ltd nebyl v rozporu s ustanoveními 49 a 54 SFEU. Tyto státy společně argumentovaly odkazem na předchozí judikaturu SDEU, přičemž ve spojení s Daily Mail zdůraznily, že společnosti Inspire Art Ltd nebylo zamezeno ve výkonu práva svobodného usazení.¹³⁵ Dále státy Nizozemského království, Německa i Itálie argumentovaly odkazem na bod č. 24 rozhodnutí Centros s tím, že SDEU v něm stanovil, že státy mohou přijmout přiměřená opatření, kterým by zamezily zneužití komunitárních norem za účelem nelegitimního obcházení vnitrostátních právních řádů.

Na druhou stranu, na obranu společnosti Inspire Art Ltd se postavila vláda Anglie a také Komise.

Soud ve svém rozhodnutí stanovil, že v souladu s rozhodnutím Centros, výkon svobody usazování nemůže být směřován s obcházením národních předpisů. I když je společnost založena v Anglii pro účely podnikání výhradně v Holandsku, přičemž anglické předpisy jsou mírnější a nestanoví natolik striktní požadavky jako předpisy nizozemské, nedopouští se společnost ničeho jiného než výkonu své svobody usazování v souladu s čl. 49 a 54 SFEU.¹³⁶

Dále SDEU podpořil tvrzení Inspire Art Ltd, že uložení povinností, týkajících se základního kapitálu a odpovědnosti jednatelů, de facto nutí zahraniční společnost podstupovat proceduru stejnou, jako je založení nové společnosti v Holandsku a tímto požadavkem Holandsko narušuje poklidný výkon svobody usazování podle čl. 49 a 54 SFEU.

Ve věci Inspire Art SDEU tedy stanovil, že členské státy nemohou bránit zahraničním společnostem podnikání na jejich území tím, že by jim uložily dodatečné povinnosti, které by kladly překážky pro výkon svobody usazování. Z rozhodnutí

¹³⁵ Bod 83 rozhodnutí.

¹³⁶ Bod 95 a 96 rozhodnutí.

rovněž vyplývá, že „otázka přemístění statutárního sídla obchodní společnosti z jednoho členského státu do druhého je pro tuto chvíli obsoletní, protože přemístění faktického sídla se již nekladou žádné meze a protože prostřednictvím pobočky lze dosáhnout podobného hospodářského efektu. Přemístění statutárního sídla bude patrně možné až na základě čtrnácté směrnice, v současné době opět projednávané ve stadiu návrhu na expertní úrovni.“¹³⁷

Z rozhodnutí je zřejmá analogie s výše zmíněným pravidlem *de minimis* podle § 26 odst. 3 ObchZ. Ve světle závěrů učiněných SDEU v rozhodnutí Inspire Art by ČR je uvedené pravidlo mírně řečeno nevynutitelné. Vynutitelnost tohoto ustanovení by musela být velice pečlivě a precizně odargumentována, zejména s ohledem na ochranu veřejného zájmu. Jak stanovil SDEU¹³⁸, takové omezení může být odůvodněné v konkrétních případech, kde je zcela zřejmé zneužití práv poskytnutých EU. Bohužel se SDEU nevyjádřil konkrétněji, kam až by takové zneužití mělo sahat.

4.6. Sevic

Předběžná otázka ve věci Sevic byla k SDEU položena za následujícího skutkového stavu. Mezi společnostmi SEVIC Systems AG, společností se sídlem v Německu, a Security Vision Concept SA, společností se sídlem v Lucemburku, byla uzavřena smlouva o fúzi, která upravovala zrušení společnosti Security Vision a převod jejího jmění na společnost SEVIC. Návrh na zápis fúze do německého obchodního rejstříku byl zamítnut s odůvodněním, že německé předpisy upravují pouze fúze mezi právními subjekty se sídlem v Německu. V Německu neexistovaly právní předpisy upravující přeshraniční fúze. V řízení o opravném prostředku byla k SDEU položena předběžná otázka týkající se interpretace čl. 49 a 54 SFEU v rámci přeshraničních fúzí.¹³⁹

Předběžná otázka byla formulována takto: „Musí být články [49 a 54 SFEU] vykládány v tom smyslu, že je v rozporu se svobodou usazování společností zamítnout

¹³⁷ SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš, *Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art*, Právní rozhledy 4/2004, s. 147. [citace 13. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹³⁸ Bod č. 105 rozhodnutí.

¹³⁹ Body 6 – 10 rozhodnutí.

návrh na zápis – v souladu s článkem 16 a následujícími [UmwG] – fúze, kterou má v úmyslu uskutečnit evropská zahraniční společnost se společností německou, do německého obchodního rejstříku, protože čl. 1 odst. 1 bod 1 tohoto zákona upravuje přeměnu pouze u právních subjektů se sídlem v Německu?“. ¹⁴⁰

Na podporu omezení přeshraničních fúzí přikládaly svá vyjádření německá a nizozemská vláda. V těchto vyjádřeních uváděly vlády shodně, že důvodem omezení je ochrana veřejného zájmu, a to ochrana věřitelů, menšinových akcionářů a zaměstnanců, zachování daňových kontrol a poctivost obchodních transakcí. Dále vyzdvihovaly specifickou problematiku přeshraničních fúzí, na které jsou aplikovatelné různé právní řády, nejenom právní řád Německa. Z tohoto důvodu vlády poukazovaly na nedostatečnou harmonizační úpravu v rámci ES, což mělo legitimovat omezení přeshraničních fúzí až do harmonizace na úrovni EU.

SDEU rozhodl ve prospěch svobody usazování a umožnil provádět přeshraniční fúze bez likvidace. SDEU konkrétně judikoval, že „[p]řeshraniční fúze, podobně jako jiné přeměny společností, odpovídají potřebám spolupráce a reorganizace společností usazených v různých členských státech. Představují zvláštní způsoby výkonu svobody usazování, které jsou důležité pro řádné fungování vnitřního trhu, a patří tedy k hospodářským činnostem, u nichž jsou členské státy povinny respektovat svobodu usazování upravenou v článku [49 SFEU].“¹⁴¹

SDEU ve velkém senátu rozhodl, že „[č]lánky [49 a 54 SFEU] brání tomu, aby byl v členském státě obecně odepřen zápis fúze uskutečněné zrušením společnosti bez likvidace a převodem celého jmění této společnosti na jinou společnost do vnitrostátního obchodního rejstříku, pokud má jedna z těchto dvou společností sídlo v jiném členském státě, zatímco takový zápis je možný, jsou-li dodrženy určité podmínky, pokud společnosti účastníci se fúze mají obě sídlo na území prvního členského státu.“¹⁴²

¹⁴⁰ Bod č. 10 rozhodnutí.

¹⁴¹ Bod č. 19 rozhodnutí.

¹⁴² Rozhodnutí ESD pod bodem 32.

Nutno podotknout, že v době vydání rozhodnutí ve věci SEVIC nebyla výslovně v komunitárních předpisech upravena možnost přeshraničních přeměn společností. Tato výslovná úprava se objevila až s přijetím Desáté směrnice. Dle důvodové zprávy k Desáté směrnici tato směrnice má pouze ulehčit a nikoliv dovolit přeshraniční fúze.¹⁴³ Rozhodnutí SEVIC se tak ve své době stalo zásadním a prvním rozhodnutím a pramenem práva EU, které umožnilo přeshraniční přeměny.

Význam rozhodnutí SEVIC se dále násobí tím, že jeho závěry lze použít na jiné přeměny společností a nikoliv pouze na fúze.¹⁴⁴

4.7. *Cartesio*

Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt., tj. komanditní společnost podle maďarského práva, se sídlem ve městě Baja v Maďarsku, podala maďarskému rejstříkovému soudu návrh na zápis přemístění sídla do Gallarate v Itálii. Maďarský osobní statut měl být podle společnosti (navrhovatele zápisu) zachován. Příslušný krajský soud podaný návrh odmítl s tím, že maďarské právo nedovoluje přemístění sídla do zahraničí a současné zachování maďarského osobního statutu. Společnost Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt. se proti rozhodnutí odvolala k vrchnímu soudu v Szegedu, který posléze položil SDEU několik předběžných otázek.

Jedna z otázek položená SDEU zněla: „*4. B. Může se maďarská společnost domáhat přemístění svého sídla do jiného členského státu Evropské unie, dovolávajíc se přímo práva Společenství [49 a 54 SFEU]? V případě kladné odpovědi, může změna sídla podléhat nějaké podmínce nebo povolení ze strany členského státu původu nebo přijímajícího členského státu?*“¹⁴⁵

SDEU provedl analýzu skutkové podstaty věci a omezení kladené právní úpravou na přemístění sídla z Maďarska do jiného státu. SDEU ve svém rozhodnutí výslovně zopakoval, že některé státy „*vyžadují, aby se na jejich území nacházelo nejen*

¹⁴³ DĚDIČ, Jan: Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podařená“ dekodifikace obchodního zákoníku. *Právní zpravodaj 7/2008*, s. 1. Dostupné na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹⁴⁴ SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. *Právní rozhledy 21/2008*, s. 784 [cit. 7. března 2010]. Dostupné na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹⁴⁵ Bod č. 40 rozhodnutí.

statutární sídlo, ale rovněž sídlo skutečné, tj. sídlo ústřední správy společnosti, takže přesun ústřední správy z tohoto území předpokládá zrušení společnosti se všemi následky, jaké to může mít na úrovni práva Společenství. Jiné právní úpravy přiznávají společnostem právo přemístit svou ústřední správu do zahraničí, některé však podrobují toto právo určitým omezením a právní důsledky přemístění se v jednotlivých státech liší.“¹⁴⁶

SDEU v *Cartesio* odkazoval v mnohém na argumentaci ve věci *Überseering* a *Daily Mail*.

„SDEU nepřihlédl k argumentům, které předložil generální advokát Miguel P. Maduro, jenž ve svém stanovisku poukázal na skutečnost, že zákazem přesunu skutečného sídla mimo území Maďarska je maďarské právo diskriminační, neboť povoluje přesun hlavní správy maďarské společnosti v rámci území Maďarska, avšak nikoliv přes hranice.“¹⁴⁷

„Váha argumentace Evropského soudního dvora tak patrně netkví v názoru, že by se v daném případě nejednalo o společnost oprávněnou realizovat svobodu usazování, nýbrž v úvaze, že vlastní členský stát může omezit svobodu usazování ve smyslu čl. [49 a 54 SFEU] vlastním společností, pokud by výkon hospodářské činnosti v jiném členském státě (spadající pod rozsah svobody usazování podle čl. [49 SFEU]) vedl v důsledku k přetržení vazby mezi danou společností a členským státem, kterou tento členský stát požaduje, aby se jednalo o společnost, jež se řídí jeho právním řádem.“¹⁴⁸

Vybrané citace naznačují, že členský stát může ukládat restriktivní opatření vůči vlastním společnostem. Stejně jako *Überseering*, který ve svém odůvodnění odlišoval omezení společností přicházejících na území členského státu a odcházející. Oproti *Überseering* však SDEU odlišil posuzovaný případ od případu, kdy by se s přemístěním

¹⁴⁶ Bod č. 105 rozhodnutí.

¹⁴⁷ LASÁK, Jan, *Cartesio: přemístění sídla společností "reloaded"*. Jurisprudence, svazek XVII, rok vydání 2009, s. 39-44. Dostupný v informačním systému ASPI. [cit. 6. února 2010].

¹⁴⁸ LASÁK, Jan, *Cartesio: přemístění sídla společností "reloaded"*. Jurisprudence, svazek XVII, rok vydání 2009, s. 39-44. Dostupný v informačním systému ASPI. [cit. 6. února 2010].

sídla změnilo použitelné vnitrostátní právo, přičemž omezení odchodu společnosti by se stalo nepřijatelným pokud by se osobní statut společnosti změnil na statut podle práva cílové země.¹⁴⁹

SDEU v rozhodnutí *Cartesio* stanovil, že členský stát neporuší svobodu usazování dle SFEU, pokud nedovolí „domácí“ společnosti přemístit své sídlo do jiného státu a přitom se nadále řídit právem státu podle něhož byla původně založena.

Toto rozhodnutí je v souladu s prvním a opatrně argumentovaným rozhodnutím *Daily Mail*. Nestalo se ale to, co někteří očekávali. SDEU v *Cartesiu* neodstranil poslední překážky inkorporačního přístupu, když by mohl stanovit, že společnosti, odcházející ze státu vyznávajícího princip sídla, si mohou zachovat původní osobní statut. V některých kruzích vyvolal *Cartesio* překvapivé reakce, když nepokračoval v otevřenosti nastolené *Überseering*, *Inspire Art* a *Sevic*.

V rozhodnutí *Cartesio* byly poměrně dlouze rozebírány procesní aspekty podání předběžné otázky k SDEU. Relevantním je pro nás závěr analýzy, a to že proti rozhodnutí vnitrostátního orgánu soudního typu o předložení předběžné otázky není možné podat opravný prostředek. Takový opravný prostředek není na místě ani v případě, kdy je zřejmé, že podáním předběžné otázky je způsobeno účastníkovi prodlení v délce přibližně dva roky.¹⁵⁰ Takto způsobené prodlení se neformálně v právnických kruzích může označovat „ECJ torpedo“, kterým se jaksi „torpéduje“ zdárné a rychlé vyřešení věci. SDEU tímto opakovaně potvrdil, že proti průtahům ve věci nemá žádné funkční obranné mechanismy.¹⁵¹

4.8. *Cadbury Schweppes*

Případ *Cadbury Schweppes* se týkal daňových konsekvencí podnikání prostřednictvím dceřiné společnosti. SDEU projednal předběžnou otázku na základě sporu mezi společnostmi *Cadbury Schweppes plc*, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* na

¹⁴⁹ Bod č. 111 rozhodnutí *Cartesio*.

¹⁵⁰ KOMÁREK, Jan. *Soudní dvůr ES - prosinec 2008 a leden 2009*. Soudní rozhledy 3/2009, s. 114. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

¹⁵¹ ŠTAŇKO, Andrej. *Cross border “Torpedo“ litigation*. *Common Law Review*, Issue 10, Spring 2009, s. 23.

jedné straně a Commissioners of Inland Revenue na straně druhé. Spor se týkal zisku společnosti z roku 1996, který byl ještě před zdaněním převeden na jednu z dceřiných společností se sídlem v Irsku.

Je zřejmé, že různé členské státy EU stanoví různou míru zdanění. Daně nejsou na úrovni EU harmonizovány. Na otevřeném evropském trhu je tak placení daní jednou z citlivých otázek ve vztahu mezi státem a podnikatelem, působícím na jeho území.

Rozhodnutí popisuje korporátní struktury skupiny společností Cadbury Schweppes. Skutkovým základem je to, že mateřská společnost se sídlem v Anglii si založila několik dceřiných společností se sídlem v Irsku, které byly využívány k financování celé skupiny Cadbury (v korporátních strukturách bývají tato účelná SPV označována jako FinCo). V Irsku byla nižší míra daňového zatížení.

Anglický Commissioners of Inland Revenue žádal od mateřské společnosti Cadbury Schweppes Overseas Ltd zaplacení daně v Anglii ve výši stanovené právními předpisy Spojeného království o ovládaných zahraničních společnostech, žádal tedy zdanění celého zisku před jeho převedením do Irska.¹⁵² Daň byla vyměřena ve výši 8 638 633,54 GBP, který byl před převodem alokován v jiné dceřině společnosti, Cadbury Schweppes Treasury International, zisk byl vytvořen za účetní období končící dnem 28. prosince 1996.¹⁵³ Tomuto požadavku se společnosti Cadbury Schweppes plc a Cadbury Schweppes Overseas Ltd, na které dopadala daňová povinnost, bránily podáním opravného prostředku u Special Commissioners of Income Tax, London, přičemž namítaly porušení čl. 49, 56 a 63 SFEU.

Soud se držel základní rozhodovací linie, když s odkazem na rozhodnutí Centros stanovil, že prosté založení společnosti v jiné jurisdikci za účelem požívání příznivějších podmínek právního řádu založení, a následujícího podnikání výlučně ve státě jiném, než je stát založení, není samo o sobě zneužitím svobody usazování.

Na druhou stranu zmírnil tento ryze inkorporační výklad tím, že stanovil, že pokud by bylo zjevné, že jde o strukturu záměrně uměle vykonstruovanou za účelem

¹⁵² Bod č. 5 rozhodnutí.

¹⁵³ Bod č. 20 rozhodnutí.

obcházení obvyklé vnitrostátní daně, půjde o zneužití svobody usazování podle SFEU. Soud konkrétně rozhodl tak, že „[č]lánky [49 a 54 SFEU] musí být vykládány v tom smyslu, že brání tomu, aby do základu daně společnosti-rezidenta usazené v některém členském státě byly zahrnuty zisky dosažené ovládanou zahraniční společností v jiném členském státě, pokud se tam na tyto zisky vztahuje nižší úroveň zdanění, než je úroveň zdanění v prvním státě, s výjimkou případu, kdy se takové zahrnutí týká pouze čistě vykonstruovaných operací, jejichž účelem je vyhnout se obvykle dlužné vnitrostátní dani. Uplatnění takového daňového opatření musí být tedy vyloučeno, pokud se na základě objektivních, třetími osobami zjistitelných skutečností ukáže, že bez ohledu na existenci důvodů daňové povahy je uvedená ovládaná zahraniční společnost skutečně usazena v hostitelském členském státě a vykonává zde skutečnou hospodářskou činnost.“¹⁵⁴

Případ Cadbury Schweppes nám přinesl přesnější a praktičtější konkretizaci co do možností omezení inkorporačního přístupu. Je vidět, že SDEU se snaží zmírňovat nedostatky inkorporačního přístupu. Tím, že ponechá státům možnost postihovat zneužití práva usazení ponechává SDEU použitelnost inkorporačního principu a navíc chrání fiskální zájmy členských států.

Co lze snad případu Cadbury Schweppes, a ostatně i všem zmíněným rozhodnutím SDEU, z našeho pohledu kontinentálních právníků, vytknout, je stále chybějící definice pojmu zneužití a jeho hranic, a to v Cadbury Schweppes konkrétně pojmu „čistě vykonstruovaných operací“. Je zřejmé, že některé pojmy budou muset spadat do diskrece soudu tak, aby výklad práva byl flexibilní.

SDEU se v rozhodnutí pokusil pojem zneužití konkretizovat odkazem na jiný „*high-profile Marks & Spencer case*“¹⁵⁵, když stanovil, že „[s]tejně jako praxe uvedená v [...] rozsudku Marks & Spencer, která spočívá v převádění ztrát uvnitř skupiny společností na společnosti usazené v členských státech, které uplatňují nejvyšší daňové sazby, a ve kterých je v důsledku toho daňová hodnota těchto ztrát nejvyšší, typ jednání

¹⁵⁴ Výrok rozhodnutí.

¹⁵⁵ GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, EU Law, text, cases, and materials. Fourth edition. Oxford university press 2008, s. 812.

popsaného v předchozím bodě může ohrozit právo členských států uplatňovat jejich daňovou pravomoc ve vztahu k činnostem vykonávaným na jejich územích, a narušit tak vyvážené rozdělení zdaňovací pravomoci mezi členskými[...].“¹⁵⁶ Nezbyvá než ke každému podobnému případu přistupovat individuálně, přičemž praxi nelze jinak než doporučit, aby se zájmem sledovala další vývoj v otázce přeshraničního zdanění.

Mezi další významné daňové případy lze uvést Hughes de Lasteyrie. Petr Kuhn stručně popisuje skutkový děj: *„Francouzská Conseil d’Etat postoupila Evropskému soudnímu dvoru otázku, zda francouzská právní úprava navýšení daňové povinnosti v případě přesídlení daňového domicilu do zahraničí, je v souladu s principem svobody usazování.“¹⁵⁷ rozhodl, že takové dodatečné zdanění odcházejících subjektů je v rozporu s čl. 49 SFEU.*

¹⁵⁶ Bod č. 56 rozhodnutí Cadbury Schweppes.

¹⁵⁷ KUHN, Petr. Vliv komunitární úpravy na české společenské právo. Závod kde dnu? Sborník č. 32 PF UK ze setkání kateder obchodního práva právnických fakult České republiky a Slovenské republiky. 2007, s. 177.

5. Soutěž právních řádů v EU

Použití inkorporačního principu způsobuje, že si zakladatelé společností mohou vybrat, jakým právem se bude společnost řídit. Z tohoto důvodu je zcela přirozené, že jsou vybírány jiné než domácí právní řády. Důvodem mohou být mj. daňové povinnosti, administrativní náklady založení, kogentní úprava obchodního práva, celková kvalita a srozumitelnost právního řádu¹⁵⁸ apod. Jako následek možnosti vybrat si právní řád vzniká tzv. Delawarský efekt.¹⁵⁹ Svoboda volby způsobuje odsun společností do výhodnějších jurisdikcí a jednotlivé státy mezi sebou soutěží v tom, který je schopen nabídnout nejvýhodnější podmínky. Zmíněný Delawarský efekt má pozitivní vliv na zkvalitňování právních řádů všech zúčastněných států

Zejména rozhodnutí Inspire Art otevřelo možnost přímé soutěže právních řádů členských států EU. Ať se to členským státům líbí, anebo ne, SDEU otevřel možnost záplavě nové legislativy, přičemž každý stát může soutěžit o přízeň podnikatelů. Tento šok akceleruje vývoj korporátních předpisů v jednotlivých zemích. Je otázkou, zda se tato pobídka SDEU setkala s odezvou. Tak např. Nizozemí zmírnilo svou úpravu a mnoho podnikatelů, kteří měli v úmyslu podnikat na území ČR (nebo i jinde v regionu střední a východní Evropy) zvolili pro tento účel holdingovou společnost inkorporovanou dle práva Nizozemí. Co se týká ČR, nereagovala na pobídku SDEU soutěže právních řádů nereagovala. Organizační složky společnosti se sídlem v ČR se využívají jen ojediněle. Pokud se tak stane, je to z praktických důvodů zdanění společnosti, která při využití organizační složky má zjednodušenou možnost (i) zdanění podle práva mateřské společnosti, nebo (ii) dohody na daňovém paušálu s českými daňovými úřady.

¹⁵⁸ Proti založení společnosti dle českého práva může hrát roli několik faktorů. Samotné založení společnosti je nákladné a administrativně složité. ObchZ dále obsahuje řadu nesrozumitelných a sporných ustanovení, které jsou často předmětem judikatury NS, např. § 67a ObchZ, § 187 ObchZ, § 196 ObchZ a mnoho dalších.

¹⁵⁹ SYLLA, Michal. *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784 [cit. 7. března 2010]. Dostupné na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

SDEU projevil trvalou snahu o vyšší integraci EU. Není překvapením, že si stabilní pro-evropská judikatura SDEU vysloužila kritiku. Někteří komentátoři zdůrazňují, že SDEU je příliš pro-evropský a ztrácí veškerou objektivitu.¹⁶⁰

V souvislosti s liberální judikaturou SDEU vyvstala otázka, zda mezi státy EU propukne soutěž právních řádů, podobná soutěži v US. V návaznosti na to jsou komentovány úvahy, zda tzv. Delawarský efekt je pozitivní nebo ne, někdy se říká, zda je soutěž právních řádů „závod k vrcholu“ nebo „závod ke dnu“.

Co vůbec státy získávají úpornou soutěží právních řádů? Jsou to vesměs příliv kapitálu (ten má za následek zvýšení HDP, posílení domácí měny, zvýšení počtu pracovních míst a tím i mezd, tedy posílení celkové ekonomické úrovně obyvatelstva), daně a registrační poplatky za zakládané společnosti. Konkrétně, mluvíme-li o USA, ve státě Delaware stojí podnikatelské oprávnění („*franchise fee*“) až 150.000 USD.¹⁶¹ Stát Delaware je počtem obyvatel menší než Praha, výnos z této franchise fee tvoří značnou část příjmů delawarského rozpočtu.

Otázka, zda vůbec jsou podmínky k tomu, aby v Evropě probíhala soutěž ve smyslu Delaware efektu v Americe, je častým předmětem úvah zejména amerických právníků. Mnozí komentátoři docházejí k závěrům, že v Evropě nikdy nevznikne tak výrazná soutěž jako v US a eventuální „závod ke dnu“. Argumenty jsou různé. Bývá poukazováno na skutečnost, že v EU tradičně vládne chuť k harmonizaci pravidel, a tak by neměl zbyť příliš velký prostor pro soutěž podporovanou rozdílností. Dále je zmiňovaná skutečnost, že v EU nejsou rozšířené žaloby minoritních akcionářů. Tyto žaloby jsou hlavním důvodem, proč se mnoho společností uchyluje do Delaware, kde jsou práva akcionářů omezená na úkor managementu. V EU nejsou ani obvyklé časté žaloby proti zápisu fúzí a proti nabídkám převzetí.¹⁶²

¹⁶⁰ RINGE, Wolf-Georg. *The European company statute in the context of freedom of establishment*. Journal of Corporate Law Studies, 10/2007 [cit. 12. října 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

¹⁶¹ O'HARA, Erin A., E. RIBSTEIN, Larry. *The Law Market*. Oxford University Press 1/2009, s. 111, [cit. 12. října 2009]. ISBN13: 978-0-19-531289-8, ISBN10: 0-19-531289-9.

¹⁶² ENRIQUES, Lucia. *EC Company Law and the Fears of a European Delaware*. European Business Law Review, Vol. 15, 6/2004, s. 1262 [cit. 12. října 2009]. Dostupný na internetu <www.kluwerlawonline.com>.

5.1. *EU a závod ke vrcholu*

Domnívám se, že pokud se některý stát vyhýbá soutěži právních řádů tím, že přísně následuje princip sídla, ochuzuje tím sebe, své občany i ostatní státy o výhody, které by mohly plynout z aktivního zapojení do různorodé a flexibilní obchodněprávní Evropy. Proč neumožnit podnikatelům, ať si vyberou z několika desítek možných forem společností na celém území EU? Státy by neměly omezovat nabídku pouze na několik možných společností, které nemusí podnikateli v určitém regionu vůbec vyhovovat. Navíc žádná modifikace principu sídla nemůže zabránit odlivu kapitálu do zahraničí, jenom to zbytečně komplikuje, prodražuje a koleduje si o další rozhodnutí SDEU ve světle svobodného pohybu.

Mnoho bylo napsáno o soutěži právních řádů v USA. Otázkou pokládanou v zámoří bylo také zda to, co nastartoval Delaware svou flexibilní úpravou obchodní společností, se dá nazvat závod k vrcholu, či závod ke dnu. Většinovým názorem se potvrzuje označení závod k vrcholu, přičemž efekty soutěže právních řádů jsou celkově pozitivní. Pokud se budeme zabývat otázkou, zda jednatelé budou chtít zakládat společnost tam, kde budou mít výrazně lepší postavení než akcionáři společnosti, nezbyvá nám než odpovědět, že tak nebude vždy. Jednatelé jsou totiž na akcionářích závislí a pokud se chtějí udržet ve funkci, musí preferovat takové právní řády, které poskytnou i dostatek jistot akcionářům. V nejhorším případě mohou investoři ze společnosti vystoupit a vložit svůj kapitál do společnosti, která jim poskytne větší jistoty.¹⁶³ V extrémním případě by obchodní společnost vůbec nemusela získat kapitál pro svoje zdárné fungování, tedy pokud by byla založena za využití veřejné nabídky.

Argumenty vyšší právní jistoty pro osoby kontrahující se společnostmi se sídlem v zemi zastávající princip sídla nelze přeceňovat. Přece jen ani SDEU tyto argumenty nepodpořil v celém rozsahu a pouze se vyjádřil, že určité omezení je možné. Pro otevřenou soutěž právních řádů mluví také statistický argument, kdy je podle teorie

¹⁶³ CHERTOK, Seth. *Jurisdictional Competition in the European Community*. The Journal of International Economic Law 27/2006, s. 506 [cit. 30. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

„*statistical legal thinking*“ dokázáno, že stále většina společností bude zakládat svoje sídlo ve své domácí zemi.¹⁶⁴

Dalším argumentem na podporu liberalizace trhu je fakt, že na území EU jsou státy chráněny, k plnému propuknutí soutěže právních řádů tu stále nemáme dostatek nástrojů. Sice státy nemohou zabránit novým malým společnostem, aby byly zakládaly tam, kde se jim zlíbí, ale skutečným uvolněním trhu by byla teprve možnost měnit statut již existujících společností na základě fúzí. Fúze je hlavním nástrojem soutěže právních řádů v USA a v EU v tak rozšířené a obecně kompatibilní míře neexistuje.¹⁶⁵ EU stále neupravuje flexibilní možnosti přeměn společností, členské státy EU nejsou v zásadě ohroženy odchodem nejsilnějších společností z jejich území.

Proti nezmezně „*race to the bottom*“ dokonce mluví samotná SFEU,¹⁶⁶ když ve svém čl. 50 odst. 2 písm. g (dříve čl. 44 odst. 2 písm. g SES) stanoví, že „*Rada přijme na návrh Komise [...] směrnice k zavedení svobody usazování v určité oblasti činnosti. [...] [, přičemž] v míře nezbytné k dosažení jejich rovnocennosti koordinují záruky, které jsou pro ochranu zájmů společníků i třetích osob vyžadovány v členských státech od společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce*“.

Státy EU nikdy nezískají tolik, kolik získal stát Delaware svou úpravou. Alespoň ne ve smyslu pohybu obchodních společností. Na rozdíl od toho se dnes rozbíhá velice nadějná konsolidace fondových struktur, k tomu viz níže. V EU chybí typy daní, které v USA právě dodávají na atraktivitě soutěže států.¹⁶⁷ V EU navíc, pokud jde o transparentní entity, zdanění podniků se řídí smlouvami o dvojím zdanění, kdy daň bude odvedena vždy do domácí země profitující fyzické osoby. Pokud nejde o transparentní entitu, existují v trestních kodexech členských států EU další ochranné mechanismy proti zneužití inkorporačního principu.

¹⁶⁴ RINGE, Wolf-Georg. *The European company statute in the context of freedom of establishment*. Journal of Corporate Law Studies, 10/2007 [cit. 12. října 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

¹⁶⁵ CHERTOK, Seth. *Jurisdictional Competition in the European Community*. The Journal of International Economic Law 27/2006, s. 501 [cit. 30. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

Dalším argumentem na podporu soutěže právních řádů je ten, že i země s výrazně liberální úpravou obvykle v právních předpisech obsahují některá ustanovení, která jsou přísnější než v jiných zemích. Podíváme-li se na zemi oblíbenou co do výše základního kapitálu společnosti s ručením omezeným, Anglii, můžeme si povšimnout, že přináší mnohem přísnější úpravu týkající se představenstva společnosti. Soud může prohlásit fyzickou osobu za neoprávněnou vykonávat funkci člena představenstva v případě, že byl činný ve společnosti, která se dostala do úpadku a při tom ukázal, že není schopen funkci jednatele zastávat.¹⁶⁸ Zmíněná překážka výkonu funkce podle anglického práva je přísnější než naše úprava obsažená v § 381 ObchZ.

Ze zámoří se dokonce objevují hlasy,¹⁶⁹ že chtějí-li členské státy EU nebo ne, pokud je účelem zachování globální ekonomická konkurenceschopnosti EU, bude muset přistoupit k uvolnění trhu ve prospěch volnější konkurence jednotlivých právních řádů a při tom zapomenout na některé z tradičních domácích omezujících principů sídla jednotlivých států.

I přes výše uvedené nemohu popřít, že některé státy otevřením hranic získají a jiné státy ztratí. Je otázkou, zda ČR patří do skupiny států, který bude ze soutěže právních řádů čerpat výhody nebo naopak prodělá. Už dnes se dá říci, že soutěž právních řádů je globální a ČR se svoji liknavou snahou sblížovat ObchZ alespoň s evropským standardem nemá příliš velkou šanci na úspěch. „*Čím déle bude české právo setrvávat v dnešní podobě, tím více a rychleji ztratí šanci obstát, resp. stane se pouhým národním artefaktem, který ani svým národním recipientům nenabídne evropský standard.*“¹⁷⁰ K tomu, aby náš právní řád byl schopný obstát v konkurenci, by muselo dojít, kromě změn v ObchZ, k reformě daní a zjednodušení byrokratických postupů.

¹⁶⁸ Mc ELAVY, Peter. *Private International Law*. International and Comparative Law Quarterly 52/2003, s. 529 [cit. 5. února 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

¹⁶⁹ FROST, Carsten. *Transfer of company's seat – an unfolding story in Europe*. Victoria University of Wellington Law Review 36/2005, s. 359 [cit. 15. listopadu 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

¹⁷⁰ HAVEL, Bohumil, *Předpokládané změny obchodního práva při rekonstrukci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona*. Obchodněprávní revue 1/2009, s. 1 [cit. 14. prosince 2009]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

5.2. USA a závod k vrcholu – srovnání NY a Delaware

Tato kapitola se zabývá komparací právních řádů států Delaware a státu New York. I přes rozdíly, které v konkrétní rovině popisují podnikatelé stále zakládají společnosti v obou zmíněných jurisdikcích. Pokud by měl být Delawarský efekt skutečně negativní, zakládali by si všichni společnosti jen ve státě Delaware. Můžeme říci, že v praxi existují jiné a mnohem efektivnější i elegantnější způsoby ochrany veřejného zájmu ve státě působení společnosti, než úporné uzavření hranic ve smyslu principu sídla. V níže uvedeném textu se zabývám jedním z nejvíce diskutovaných problémů v US, a to postavení akcionářů a managementu akciové společnosti podle práva státu Delaware a podle práva státu New York.

Předpisy upravující americké společnosti se liší stát od státu. Investoři mají na výběr, podle jakého práva se bude jejich společnost řídit. Ať už je majetek společnosti umístěn kdekoli v USA, je možné zvolit rozhodné právo z katalogu více než 50 států.¹⁷¹

Proč je srovnání práve států New York a Delaware tak významné? Je častým jevem, že v New Yorku zahraniční osoby zakládají společnosti k tomu, aby podnikaly jinde ve světě. Častým jevem ovšem také je, že si podnikatelé pro podnikání v New Yorku zakládají společnosti v Delaware.¹⁷² Důvodem je rozdílná úprava stejných typů společností v těchto dvou státech.

Úprava akciových společností podle práva státu Delaware i podle práva státu New York je v mnohém identická. Takřka stejná je ochrana akcionářů proti společnosti a managementu,¹⁷³ charakteristika představenstva amerických korporací,¹⁷⁴ práva a povinnosti akcionářů společnosti.¹⁷⁵

¹⁷¹ Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, s. 31.

¹⁷² *Doing business in...* 11th edition, Lex Mundi 2006, s. 641.

¹⁷³ Pokud by měli akcionáři zájem žalovat třetí osobu jménem společnosti, americké právo jim toto dovoluje. Taková žaloba se nazývá *Derivative Action*, česky odvozená žaloba. *Derivative Action* může být využita nejen proti třetím osobám, ale dokonce proti samotným členům představenstva společnosti. Tímto se dostává akcionářům ochrany před jednáním členů managementu, když v monistickém systému chybí jiný kontrolní orgán jako je dozorčí rada. O *derivative action* více v publikaci Prof. JUDr. Martin Boháček, CSc., *Základy amerického obchodního práva*, Linde Praha, a.s., 2007, s. 169.

Mezi právními řády US a Delaware ale najdeme podstatné rozdíly s právními řády evropskými. Tak např. pokud jde o právo odvolat člena představenstva z jeho funkce podle NY a Delaware, mají akcionáři jenom velice omezenou možnost. V evropských jurisdikcích je možnost odvolat členy představenstva podstatně jednodušší. Na druhou stranu, funkční období člena představenstva je v evropských státech kratší. V souvislosti s omezenou možností odvolat členy představenstva je často zmiňováno právo státu Delaware, který poskytuje silnější postavení členům představenstva než právo státu New York.¹⁷⁶ Z evropských států se modelu Delaware nejvíce podobá právo německé, ze kterého také v mnohém vychází české.

5.2.1. Uplynutí funkčního období člena představenstva

Funkční období je podle práva státu Delaware tři roky, přičemž, každý rok se obměňuje třetina členů představenstva.¹⁷⁷ V tomto ohledu je postavení akcionářů slabší než ve státu New York. Pokud by se akcionáři v Delaware nemohli zbavit člena představenstva a museli by čekat na uplynutí jeho funkčního období, čekali až o dva roky déle než v New Yorku. Podle § 602 písm. b)¹⁷⁸ a § 703¹⁷⁹ NYBCL jsou členové

¹⁷⁴ Představenstvo má čtyři základní vlastnosti. Board of Directors je (i) oddělena od managementu společnosti, (ii) oddělená od akcionářů, (iii) orgánem, jehož členové získají mandát volbou, (iv) orgánem složeným z více členů. Blíže viz. Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, s. 11-12.

¹⁷⁵ Ti jsou oprávněni k podílům na zisku společnosti a v různé míře participují na kontrole a také vedení společnosti. Blíže viz Kraakman.

¹⁷⁶ Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, s. 36.

¹⁷⁷ Delaware General Corporation Law, Title 8, Chapter 1, Subchapter IV, §141, písm. d).

¹⁷⁸ § 602. Meetings of shareholders.

(b) A meeting of shareholders shall be held annually for the election of directors and the transaction of other business on a date fixed by or under the by-laws. A failure to hold the annual meeting on the date so fixed or to elect a sufficient number of directors to conduct the business of the corporation shall not work a forfeiture or give cause for dissolution of the corporation, except as provided in paragraph (c) of section 1104 (Petition in case of deadlock among directors or shareholders).

¹⁷⁹ § 703. Election and term of directors.

(a) At each annual meeting of shareholders, directors shall be elected to hold office until the next annual meeting except as authorized by section 704 (Classification of directors). The certificate of incorporation may provide for the election of one or more directors by the holders of the shares of any class or series, or by the holders of bonds entitled to vote in the election of directors pursuant to section 518 (Corporate bonds), voting as a class.

(b) Each director shall hold office until the expiration of the term for which he is elected, and until his successor has been elected and qualified.

představenstva voleni na funkční období jednoho roku. V obou právních řádech platí, že se stanovy mohou odchýlit a určit funkční období v jiné délce.

Pokud jde o funkční období v jiných státech, pro srovnání Japonsko upravuje délku na dva roky a v Anglii jsou členové představenstva jmenováni na dobu neurčitou.¹⁸⁰

5.2.2. Odvolání člena představenstva v průběhu jeho funkčního období

Právo státu Delaware umožňuje odvolat člena představenstva ze stanovených důvodů a v některých případech i bez důvodu. Tato možnost je ale limitována tím, že k odvolání člena představenstva je nutno svolat mimořádnou valnou hromadu, tuto lze ale svolat pouze z důvodů a způsobem stanoveným ve stanovách společnosti. Lze si tedy představit, že komplikovaným nemusí být odvolání samotné odvolání člena představenstva, ale svolání valné hromady k tomu potřebné.¹⁸¹

Pokud jde o právo státu New York, odvolání členů představenstva je upraveno v § 706 NYBCL. Tento stanoví, že odvolat člena představenstva může valná hromada, a v případech stanovených stanovami nebo zakládací listinou, ho může odvolat také samotný představenstva na základě svého rozhodnutí jako kolektivního orgánu. Stanovy mohou určit, že člen představenstva může být odvolán bez uvedení důvodu.

Podle § 602 NYBCL valná hromada se svolává jednou za rok. Mimořádnou valnou hromadu může svolat představenstva anebo osoba, o které to stanovy nebo zakladatelská listina stanoví.

Při srovnání práva státu Delaware a New York nám tedy vychází velice podobná úprava, přičemž pro odvolání člena představenstva je nutné zakotvit dostatečně flexibilní možnost svolání mimořádné valné hromady do stanov či zakladatelské listiny. New York jde dále s možností odvolání bez udání důvodů v případě, že to tak stanovy určí. Delaware možnost odvolání bez udání důvodu limituje zákonem.

¹⁸⁰ Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, s. 37.

¹⁸¹ Delaware General Corporation Law, §141, písm. d), k), §211 d), b); Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, s. 37.

5.2.3. Právomoci představenstva ve vztahu k akcionářům

Právní úprava akciových společností podle práva státu Delaware i podle práva státu New York je právní vědou komentována jako úprava, která dává akcionářům, ve srovnání s neamerickými zeměmi, jen velice omezenou možnost zasahovat do vedení společnosti.

Do právomoci akcionářů zasahovat do vedení společnosti spadají pouze některá z významných korporátních rozhodnutí, která podstatným způsobem ovlivňují nebo mohou ovlivnit chod společnosti. Někteří komentátoři dovozují, že akcionáři dokonce ani nemohou docílit změny některých částí stanov nebo zakládací listiny.¹⁸²

V některých případech relativně přísné omezení přímých akcionářských práv podle obou posuzovaných právních řádů je v evropských zemích příznačné zejména pro Německo. V jiných státech tak přísná omezení nenajdeme. V literatuře se objevují názory, že je tomu tak pro významný politický vliv členů představenstva amerických korporací. Dalším uváděným důvodem proč oba právní řády omezují akcionáře ve vedení společnosti je nastavení obranných mechanismů společnosti proti převzetí společnosti jinými akcionáři. Pokud by akcionáři mohli měnit veškerá ustanovení stanov, tyto obranné mechanismy by mohly být zrušeny a pozbyly by tak smyslu.¹⁸³

5.2.4. Odpovědnost členů představenstva

Každý člen představenstva jak podle práva New York, tak podle práva Delaware má odpovědnost za chod společnosti. Taková odpovědnost se nazývá *Fiduciary duty*.

Standardem, podle kterého je posuzováno zda-li člen představenstva porušil *Fiduciary duty*, překročil své pravomoci, je tzv. jednání člena představenstva v rámci *Duty of Care* (tj. plnění povinností řádného hospodáře) a *Duty of Loyalty* (tj. povinnost loajality vůči společnosti).

¹⁸² Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, s. 47.

¹⁸³ *Ibid.*, s. 49

Duty of care můžeme najít také v českém právu obchodních společností¹⁸⁴. *Duty of loyalty*, která kromě člena představenstva zavazuje i akcionáře, je v českém Obchodním zákoníku, podle některých názorů, vyjádřena implicitně.¹⁸⁵

Duty of Care stanoví minimální hranici pro odpovědnost člena představenstva. Rozhodování představenstva je vždy spojeno s rizikem a posuzování jejich rozhodnutí *ex post* nebývá jednoduché. Proto se v americkém právu rozvinula teorie tzv. *Safe Harbour*, což je hranice únosnosti chování člena představenstva. Pokud se člen představenstva pohybuje v oblasti *Safe Harbour* a jedná v dobré víře, neporušuje *Duty of Care* a nemůže mu být uložena povinnost náhrady škody. Pravidla *Safe Harbour* byla v uplynulém roce testována více než kdykoliv jindy. V souvislosti s ekonomickou krizí od 2008 a souvisejícím úpadkem mnoha obchodních společností se zkoumalo, zda za úpadek mohou být odpovědni členové představenstva.

Mezi úpravou a Delaware a New York je jeden podstatný rozdíl. Zatímco úprava *Fiduciary duty* ve výše vymezeném významu je podle práva New York kogentní, podle práva Delaware lze *Fiduciary duty* omezit v zakladatelské smlouvě společnosti s výjimkou (i) povinnosti loajality, (ii) jednání ve zlé víře, (iii) neoprávněné vyplacení dividend, (iv) jednání, kterým člen představenstva získal neoprávněný majetkový prospěch.¹⁸⁶

5.2.5. Odpovědnost akcionářů

Velice podstatným rozdílem mezi právem státu New York a právem státu Delaware je skutečnost, že podle práva státu New York deset největších akcionářů akciové společnosti ručí veškerým svým majetkem za závazky vůči zaměstnancům společnosti.

¹⁸⁴ Např. § 194 odst. 5 ObchZ.

¹⁸⁵ Např. ČECH, Petr. *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, Právní rádce 3/2007, s. 4.

¹⁸⁶ *Doing business in...* 11th edition, Lex Mundi 2006, s. 614.

V právu státu Delaware takovou záruku nenajdeme a žádní akcionáři zaměstnancům neručí.¹⁸⁷ Tato skutečnost je jedním z velice významných důvodů, proč akcionáři preferují strukturu delawarské společnosti.

¹⁸⁷ Doing business in... 11th edition, Lex Mundi 2006, s. 641.

6. Význam nadnárodních forem evropských společností

K odstranění bariér volného pohybu obchodních společností dochází v rámci uvolňování národních bariér jen velice pomalu. Vzhledem k obtížné harmonizaci práva obchodních společností v EU, bylo přistoupeno k doplňujícímu řešení, vytvoření obchodních společností upravených přímo použitelným právem EU, které jsou nadány neomezeným pohybem po EU. Společnostem evropského formátu je věnována následující kapitola.

Ačkoliv je EU většinou složena ze států uznávající kontinentální přístup k právu, neznamená to, že by obchodní společnosti byly v každém státu upraveny stejně. Výrazné odlišnosti můžeme nalézt již v samém definičním vymezení obchodní společnosti. Obchodní společnost nelze dle všeho přesně definovat z několika důvodů, a to kvůli tomu, že¹⁸⁸ (i) obchodní společnost lze založit pro naplňování nejenom podnikatelského, ale i nepodnikatelského účelu, (ii) obchodní společnost nemusí být sdružením osob za určitým účelem, které je založeno smlouvou, lze založit jednočlennou společnost jednostranným právním úkonem – zakládací listinou,¹⁸⁹ (iii) nemožnost vymezit obchodní společnost jako právnickou osobu, protože některé právní řády neobsahují pravidlo analogické k našemu § 56 odst. 1 ObchZ, které stanoví, že všechny obchodní společnosti¹⁹⁰ jsou právnickými osobami. Např. veřejná obchodní společnost není za právnickou osobu považována v Nizozemsku, Švýcarsku a Itálii,¹⁹¹ rozdíly také nalezneme v pojetí evropského hospodářského sdružení, jehož postavení jako právnické osoby se odvíjí od úpravy veřejné obchodní společnosti. Na druhou stranu skutečnost, že některé právní řády nedávají určité entitě postavení právnické

¹⁸⁸ Uvedené překážky definice obchodní společnosti jsou zmíněny v ELIÁŠ, K., POKORNÁ, J., DVOŘÁK, T. *Kurs obchodního práva. Obchodní společnosti a družstva*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 5 a násl.

¹⁸⁹ Možnost založit jednočlennou společnost vyplývá z Dvanácté směrnice. Směrnice se vztahuje pouze na společnosti s ručením omezeným, nicméně český zákonodárce jej vztáhl i na akciové společnosti. Řešení u akciových společností však není bez výhrad, jediným zakladatelem může být právnická osoba, nikoliv osoba fyzická. Po založení ale už může být 100% podílu na akciové společnosti soustředěno v ruce fyzické osoby.

¹⁹⁰ § 56 odst. 1 stanoví taxativní výčet taxativní výčet obchodních společností, kterými jsou veřejná obchodní společnost, komanditní společnost, společnost s ručením omezeným, akciová společnost, evropské hospodářské zájmové sdružení a evropská společnost.

¹⁹¹ PELIKÁNOVÁ, I., ČERNÁ, S. a kol. *Obchodní právo. Společnosti obchodního práva a družstva. II. díl*, Praha: ASPI, a.s., 2006, str. 301.

osoby je vyvážen tím, že tyto entity mají způsobilost k právním úkonům a v právních vztazích vystupují pod vlastním jménem.¹⁹² Obtíže s rozdílným přístupem ke klasifikaci a pojetí různých druhů obchodních společností bývá řešen legální vymezení působnosti právních norem. Tak je např. v čl. 1 První směrnice výslovně vymezen okruh společností z jednotlivých členských států, na které dopadá její regulace. Nejobecnější vymezení obchodních společností, na které jiné prameny práva EU odkazují, nalezneme v čl. 54 SFEU, který stanoví, že „[s]polečnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.“

6.1 Evropské hospodářské zájmové sdružení

Vůbec první formou společnosti, kterou legislativa EU přinesla, byla EHZS. EHZS je upraveno zejm. v Nařízení o EHZS, které mj. stanoví hierarchii pramenů práva aplikovatelného na otázky Nařízením o EHZS neupravených.

Prameny práva se uplatní v následujícím pořadí:¹⁹³ (i) Nařízení o EHZS, (ii) ustanovení národních právních řádů ve věcech delegovaných národní úpravě Nařízením o EHZS,¹⁹⁴ (iii) ustanovení zakládacích dokumentů EHZS, (iv) subsidiárně aplikovatelné národní předpisy.¹⁹⁵

EHZS nemůže být založeno za podnikatelským účelem. Jeho účel je ale podnikání velmi blízký, účelem je totiž „*usnadňovat nebo rozvíjet hospodářskou činnost jeho členů, zlepšit nebo zvýšit hospodářské výsledky této činnosti; jeho účelem není dosahování zisku pro vlastní potřebu*“.

Praktická využitelnost hospodářského sdružení je velmi omezená, EHZS nesmí být použito jako holdingová společnost, slovy Nařízení o EHZS je to vyjádřeno tak, že EHZS nesmí „*vykonávat přímo nebo nepřímo řídicí nebo kontrolní pravomoc nad*

¹⁹² V českém právu je subjektivita právnických osob řešena pragmaticky v § 18 a násl. OZ, každá právnická osoba má v zásadě způsobilost k právním úkonům.

¹⁹³ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva, Bova Polygon 2004, str. 79.

¹⁹⁴ V České republice ZEHZS.

¹⁹⁵ V České republice zejm. ObchZ a OZ.

činnostmi svých členů nebo činnostmi jiného podniku, zejména týkající se zaměstnanců, financí a investic".¹⁹⁶ Společně s omezením EHZS působit jako společník v jiné společnosti pro případ „pouze pokud je to nezbytné k dosažení cílů sdružení a pokud [k držbě] dochází na účet [členů družstva]“¹⁹⁷ představuje EHZS společnost, která je při podnikání jen málokdy optimálně použitelná.

Struktura orgánů i charakteristika EHZS je z českých obchodních společností nejbližší veřejné obchodní společnosti¹⁹⁸ a má mnohé shodné rysy se sdružením podle § 829 OZ.¹⁹⁹ Na rozdíl od sdružení je však česká EHZS právnickou osobou, a to proto, že ji vlastnost právnické osoby přiznává zákon.²⁰⁰ V jiných právních řádech tomu tak není a EHZS právnickou osobou být nemusí, i když subjektivita EHZS je v takových právních řádech zachována.²⁰¹ Zahraniční EHZS, která není v jiném právním řádu právnickou osobou může v našem právním řádu připomínat více sdružení podle § 829 OZ.

Struktura EHZS se zdá být vhodnou zejm. pro účast na rozsáhlých veřejných zakázkách zadávaných ze strany EU. Až do uvedení SE v roce 2001 představovalo EHZS jedinou existující jednotku ekonomické kooperace (slovy Komise EU „vehicle“),²⁰² přímo napojenou na předpisy EU a tak představovalo ideální formu účasti na evropských PPP (tzv. Public Private Partnership) projektech. EHZS i dnes

¹⁹⁶ Čl. 3 odst. 2 písm. a) Nařízení o EHZS.

¹⁹⁷ Čl. 3 odst. 2 písm. b) Nařízení o EHZS.

¹⁹⁸ Stejně jako u veřejné obchodní společnosti se zisky EHZS nedaní u společnosti, nýbrž u členů. Případně vytvořený zisk tak není ziskem společností, ale členů se na EHZS účastnících. Proto se ani nevytváří povinné rezervní fondy a na ochranu věřitelů je stanoven ručitelský závazek členů EHZS za její závazky. Stejně jako veřejná obchodní společnost EHZS nemá povinnost vytvářet základní kapitál.

¹⁹⁹ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva, Bova Polygon 2004, str. 78.

²⁰⁰ § 1 odst. 2 ZEHZS.

²⁰¹ České právo se naopak striktně drží zásady, že subjektivitu má každá právnická osoba, přičemž nikdo kromě právnických a fyzických osob právní subjektivitu nemá. Např. sdružení podle § 829 OZ nebo tiché společenství podle § 673n ObchZ právní subjektivitu nemá, protože je zákon neprohlašuje za právnické osoby.

²⁰² Commission communication of 9 September 1997 „Participation of European Economic Interest Groupings (EEIGs) in public contracts and programmes financed by public funds“, str. 2; dostupný na <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=1997&nu_doc=434>

představuje alternativní „joint venture“ společnost s evropskou identitou, pomocí níž si několik podnikatelů společně naplňuje své podnikatelské záměry. Kromě toho je EHZS používána jako formální sdružení osob zaměřených na lobbying, ne nadarmo je největší počet EHZS zaregistrován v Bruselu, kde sídlí většina orgánů EU.²⁰³

Zcela nepoužitelné je EHZS v akvizičních transakcích, kde základním požadavkem na každou ze zúčastněných společností v koncernu je (i) možnost společnosti držet obchodní podíly jiných společností a (ii) možnost výkonu kontrolní moci a finanční ovládnutí jiné společnosti.

Kromě nepoužitelnosti v transakčních záležitostech vymezuje Petr Čech obecněji vlastnosti EHZS, které způsobují nezáměr širšího okruhu podnikatelů, tyto jsou (i) nejasná právní úprava EHZS, (ii) rozsáhlé povinnosti zveřejnění údajů o sdružení a jeho členech, (iii) neomezené a nepodmíněné ručení členů, (iv) omezení předmětu činnosti EHZS, a (v) omezená možnost podnikatelů z nečlenských zemí EU účastnit se sdružení.

Výhodou EHZS je svoboda pohybu po území EU. EHZS může tak přemístit své sídlo bez předchozího zrušení s likvidací. Tato možnost ale nepřevažuje nevýhody zmíněné výše. EHZS tedy zůstává jenom střídavě využívanou formou společnosti.

6.2 Evropská společnost

V úpravě akciových společností se střetávají dva filozofické přístupy, angloamerický a kontinentální. Zatímco angloamerický typ akciové společnosti je zaměřen čistě na zisk, kontinentální, tedy evropský typ akciové společnosti, sleduje i jiné zájmy jako jsou např. „zájem o udržení zaměstnanosti, respekt k požadavkům na ochranu životního prostředí, ochrana věřitelů atp.“²⁰⁴ Rozdíly mezi uvedenými filozofickými východisky se v praxi stírají a v národních úpravách jsou používány různé kombinace obou z nich.

²⁰³ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva, Bova Polygon 2004, str. 119.

²⁰⁴ DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009.

Volnému pohybu společností sice napomáhá judikatura SDEU, ale národní právní řády kladou stále prosazované svobodě pohybu překážky. V osmdesátých letech se legislativa EU zaměřila na fakt, že každý členský stát EU upravuje obchodní korporace samostatně a neexistuje žádná společná nadnárodní forma obchodní společnosti. V rámci překonání vnitřních hranic jednotného trhu bylo shledáno potřebným vytvoření akciové společnosti, která by byla upravena evropským právem, a tudíž v každém členském státě by její povaha byla stejná.

6.2.1 Historie

SE je historicky druhá z evropských nadnárodních forem společností. Myšlenka nadnárodní akciové společnosti vznikla již v roce 1959 na kongresu notářů v Tours ve Francii, kde ji přednesl C. Thibierge. Na základě této myšlenky začaly práce na legislativní úpravě evropské akciové společnosti, oficiální návrh Prof. Petera Sanderse byl předložen v roce 1970.

Bylo by mylné se domnívat, že členské státy našly shodu o pojetí SE krátce po předložení návrhu Prof. Sanderse v roce 1970. Naopak, dosažení konsenzu trvalo dalších třicet let a výsledná právní úprava spatřila světlo světa až v roce 2001. Hlavními milníky dlouhých rozporů byly zejména (i) sjednocení struktury SE s ohledem na národní formy akciových společností, (ii) daňové aspekty nadnárodní formy podnikání, (iii) participace zaměstnanců na řízení SE. Výsledkem trvajících revizí jednotlivých návrhů úpravy SE je „*hybridní forma obchodní společnosti*“, ²⁰⁵ podstatně ovlivněna právními řády jednotlivých členských států. Vzhledem k tomu, že na SE se vztahují i národní právní řády, otevírá se možnost statute shopping, investor si může vybrat nejvhodnější právní řád pro jeho aktivity. Paradoxem je, že jedním z původních účelů SE bylo vyhnout se statute shoppingu, a tak podpořit efektivní hospodářské styky mezi členskými státy.

SE je upravena zejména Nařízením o SE. Úprava participace zaměstnanců byla vyňata z Nařízení o SE a je upravena odděleně ve Směrnici o SE. Systém pramenů práva SE je blíže popsán v kapitole 6.2.3 níže.

²⁰⁵ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 13.

Původní myšlenka byla založena na představě, že SE bude upravena pouze evropským právem, a tedy že SE bude mít stejný charakter ve všech členských státech EU. Uvedená koncepce předpokládala dokonce i vytvoření evropského obchodního rejstříku, který by evidoval vzniklé SE.²⁰⁶ Z této odvážné průkopnické koncepce bylo upuštěno, ani nebyl vytvořen evropský obchodní rejstřík, což je nedostatek dosud účinné evropské legislativy. Pro získání informací o jednotlivých SE a statistických údajů o nich je nutné navštívit obchodní rejstřík jednotlivých členských států. Situaci do jisté míry zpřehledňuje ETUI, která poskytuje alespoň statistické údaje o využití SE.

Pokud jde o evropský obchodní rejstřík, mluví se o něm již léta, a to nejenom v souvislosti s SE. Evropský obchodní rejstřík by překonal informační bariéry mezi členskými státy EU a výrazně by zefektivnil hospodářskou spolupráci mezi státy.²⁰⁷

6.2.2 Podstata a pojem Evropské společnosti

Jednou z hlavních výhod SE je svoboda jejího pohybu. V dobách, kdy přeshraniční přemístění sídla bylo možno dovodit pouze z judikatury (viz. výklad k judikatuře SDEU výše), přinesla úprava SE velice vítanou možnost vymanit se z národních právních řádů. Tak je možno učinit již při založení SE (viz výklad k založení a vzniku SE v kapitole 6.2.4 níže), tak i po jejím vzniku.

Další z výhod je uvedení nových forem vnitřní správy SE. Mnohé právní řády znají pouze dualistické uspořádání akciových společností. Díky Nařízení o SE se zavádí do právních řádů všech členských států úprava jak monistické tak i dualistické struktury SE. V českém právním řádu se to projevilo zavedením monistického systému v § 26 a násl. ZSE.

Kromě roviny právní bývá zmiňován i aspekt psychologický. Klienti by mohli mít větší důvěru ve společnost evropského formátu. Ačkoliv svým pragmatickým přístupem s takto formulovanou „výhodou“ nesouhlasím, zmiňuje ji Čech s Dědičem²⁰⁸

²⁰⁶ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 9.

²⁰⁷ Detailní pojednání o společném evropském obchodním rejstříku viz. PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Obchodní právo. 1. díl*, 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, str. 559 – 562.

²⁰⁸ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 18.

a také prodejci ready-made společnosti. I když nesouhlasím ani s jedním z tvrzení uvedenými prodejcem Společnosti Online s.r.o. pro přehlednost je zde uvádím, mají totiž velký význam pro podnikatele bez hlubších právních znalostí a tudíž představují jeden z hlavních motivů nakupování SE. „*Pro zahraniční obchodní partnery se firma s obecně známou evropskou korporátní identitou jistě stane důvěryhodnějším partnerem. Právní forma s dovětkem SE tak může firmám v řadě podnikatelských oborů dodat evropský goodwill a punc větší známosti a solidnosti.*“²⁰⁹ Ke zveličování psychologických výhod SE již jen krátce. První věta citace neplatí, jelikož máme tolik forem SE, kolik je právních řádů a obecně známá evropská korporátní identita je tedy rozmělněna do množství zcela odlišných národních úprav. Evropský goodwill a punc větší známosti a solidnosti je ještě horší reklamní tahák. SE může být nástrojem protiprávního jednání stejně tak jako jakékoliv jiné formy společností.

6.2.3 Prameny právní úpravy

Prameny právní úpravy SE jsou právní normy evropského práva doplněné právními normami národních právních řádů členských států. Jejich hierarchii lze vyjádřit v následujícím pořadí:²¹⁰ (i) Nařízení o SE, (ii) stanovy SE v rozsahu, v jakém to připouští Nařízení o SE, (iii) národní právo členského státu, kde je zapsáno sídlo SE v rozsahu speciální právní úpravy, kterou připouští Nařízení o SE, (iv) národní právní úprava akciových společností, (v) stanovy SE v rozsahu, v jakém to připouští národní právní předpisy upravující akciové společnosti, a (vi) Směrnice o SE.

6.2.3.1 Nařízení o SE

Nařízení o SE je přímo aplikovatelný pramen práva SE. Jeho aplikace má přednost před aplikací dalších pramenů uvedených výše. Samotnému Nařízení o SE je hierarchicky nadřazeno primární právo EU (zejména SFEU). Primární právo má na úpravu SE interpretační význam. Primární právo tedy stanoví základní kautely, jež je nutno v sekundární legislativě naplňovat, pro pojednání v této rigorózní práci je významná zejména svoboda usazování vyjádřená v čl. 49 – 55 SFEU.

²⁰⁹ Viz. <<http://www.spolecnostionline.cz/cz/vyhody-evropske-spolecnosti>> [cit. 27. září 2010].

²¹⁰ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 139 a 140.

6.2.3.2 Stanovy SE dle Nařízení o SE

V některých případech odkazuje Nařízení o SE na možnost odchylné úpravy ve stanovách SE. V takovém případě mají ustanovení stanov přednost před národním právním řádem. Tato delegace se objevuje např. v čl. 46 odst. 2, týkajícím se opětovného jmenování členů orgánů SE do stejné funkce a čl. 55 odst. 1 společně s čl. 56, které upravují možnost odchylného určení výše podílu na SE, nezbytného pro uplatnění práv minoritních akcionářů.²¹¹

6.2.3.3 Úprava SE v národním právu

Otázky, které nejsou řešeny v Nařízení o SE upravují jednotlivé členské státy v souborech právních norem vyhrazených speciálně pro SE. V ČR byl v tomto ohledu přijat ZSE. Podle čl. 9 odst. 1 Nařízení o SE jde o „*právní předpisy přijaté členskými státy k provedení opatření Společenství, která se týkají výhradně SE*“. Dle převažujícího výkladu do této skupiny patří otázky, které Nařízení o SE výslovně odkazuje k úpravě speciálními vnitrostátními normami.²¹² Výklad v tomto ohledu je důležitý vzhledem k hierarchii norem.

6.2.3.4 Subsidiární úprava akciové společnosti v národním právu

Národní úprava akciových společností se použije subsidiárně ohledně otázek neupravených v pramenech uvedených v odstavcích 6.2.3.1 až 7.2.3.3 výše. Tato subsidiárně použitelná kategorie patří významně ovlivňuje charakter SE.

6.2.3.5 Stanovy SE dle národní úpravy akciových společností

Národní právní řád, a to jak speciální normy pro SE, tak subsidiární úprava akciových společností může odkázat na stanovy SE. Jedná se o otázky, které je možno upravit ve stanovách na základě národních předpisů práva akciových společností, přičemž nesmí být v rozporu s prameny práva uvedenými výše v odstavcích 6.2.3.1 až 6.2.3.4 této rigorózní práce.

²¹¹ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 142.

²¹² DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 29.

6.2.3.6 Směrnice o SE

Směrnice nemají na rozdíl od nařízení přímý účinek, a tak nejsou přímo aplikovatelným pramenem práva. Směrnice nicméně musí být transponovány do národních právních řádů.²¹³ Směrnice o SE byla promítnuta do § 46 a násl. ZSE. Tímto však Směrnice o SE neztrácí na významu. Její důležitost je nutno spatřovat v její povaze interpretačního vodítka. Z judikatury SDEU vyplývá odpovědnost státu za škodu způsobenou v důsledku nesprávné transpozice směrnic.²¹⁴

Směrnice o SE je tedy nepřímým pramenem práva SE, Čech s Dědičem²¹⁵ ani Dvořák²¹⁶ ji do hierarchie norem (viz. odstavce 6.2.3.1. – 6.2.3.5 výše) výslovně nezařazují.

6.2.4 Založení a vznik Evropské společnosti

6.2.4.1 Způsoby založení SE

SE lze založit buď přeměnou již existujících obchodních společností nebo založením dceřiné či mateřské společnosti již existující SE. Jednotlivé způsoby založení jsou dle Nařízení SE (i) prostřednictvím fúze dvou či více akciových společností nebo SE, (ii) založením holdingové SE nad dvěma obchodními společnostmi ve formě akciové společnosti, společnosti s ručením omezeným nebo SE, (iii) založením dceřiné SE dvou libovolných společností, příp. jedné SE, nebo (iv) přeměnou stávající akciové společnosti na SE. K uvedeným způsobům založení krátce viz níže.

Kromě způsobů založení stanoví Nařízení o SE další omezení vztahující se na založení SE. Tato omezení lze rozdělit na tři okruhy:²¹⁷ (i) omezení na straně zakládajících subjektů, (ii) požadavek nadnárodního prvku při založení, a (iii) omezení

²¹³ K transpozici směrnic např. rozhodnutí ESD Ta-luft.

²¹⁴ Např. rozhodnutí ESD Francovich a Köbler.

²¹⁵ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 139 a 140.

²¹⁶ DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009.

²¹⁷ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 63.

umístění sídla SE. Co se týče omezení umístění sídla, skutečné sídlo se musí nalézat ve stejném státě, kde je sídlo zapsané. Tímto Nařízením o SE vychází částečně vstřícně principu sídla (ohledně přemístění sídla SE viz. kapitola 6.2.7 níže). Další omezení týkající se sídla SE spočívají v tom, že při založení způsobem transformace národní akciové společnosti musí sídlo zůstat ve státě sídla transformované společnosti.²¹⁸

6.2.4.2 Vznik SE

Co se týče okamžiku vzniku, SE vzniká podle čl. 16 odst. 1 dnem zápisu do obchodního rejstříku členského státu v němž má umístěno sídlo. Uvedený přístup odpovídá standardu používanému i ohledně českých obchodních společností dle ObchZ a není důvod definovat jiný okamžik vzniku.

6.2.4.3 Jednání jménem SE před vznikem

Mezi okamžikem vzniku společnosti a jejím založením je řadě případů nutné činit jménem budoucí společnosti řadu úkonů. V českém právním řádu je úprava tzv. předspolečnosti obsažena v § 64 ObchZ. Evropské právo harmonizuje úpravu jednání jménem společnosti před jejím vznikem v rámci druhé části První směrnice. K ObchZ i První směrnici je Nařízením o SE speciální. Nařízením o SE ve svém čl. 16 odst. 2 stanoví, že *„[j]estliže byly jménem SE provedeny úkony před jejím zápisem do rejstříku v souladu s článkem 12 a SE nepřevzme po svém zápisu závazky vzniklé z těchto úkonů, jsou fyzické osoby, společnosti nebo jiné právnické osoby, které provedly tyto úkony, zavázány společně a nerozdílně a neomezeně, nebylo-li dohodnuto jinak.“*

Čl. 16 odst. 2 Nařízením o SE zcela odpovídá První směrnici, která taktéž stanoví, že solidární odpovědnost více osob lze mezi nimi vyloučit dohodou. Jiný přístup sleduje § 64 ObchZ, když žádnou výslovnou možnost vyloučení solidární odpovědnosti neobsahuje. § 64 odst. 1 ObchZ obsahuje úpravu bez znaku dispozitivnosti:²¹⁹ *„Kdo*

²¹⁸ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. Evropská (akciová) společnost, Bova Polygon 2006, str. 86.

²¹⁹ Co se týče rozpoznání kogentních a dispozitivních norem v ObchZ, aplikujeme vzhledem k formulaci § 1 odst. 2 ObchZ pravidlo vyjádřené v § 2 odst. 3 OZ, dle kterého si *„[ú]častníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchýlně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.“*

jedná jménem společnosti před jejím vznikem, je z tohoto jednání zavázán; jedná-li více osob, jsou zavázány společně a nerozdílně. Jestliže společníci, popřípadě příslušný orgán společnosti tato jednání schválí do tří měsíců od vzniku společnosti, platí, že z těchto jednání byla společnost zavázána od počátku.“

Vyvstává tedy otázka slučitelnosti českého práva s právem evropským ve věci dispozitivního omezení odpovědnosti za jednání před vznikem obchodních společností. Co se týče SE, je díky bezprostřednímu účinku Nařízení o SE jasné, že lze solidární odpovědnost vyloučit. U českých obchodních společností sleduje dle mého názoru zákonodárce zvýšenou ochranu věřitelů vznikající společnosti. Vzhledem k legitimnímu důvodu zpřísnění úpravy První směrnice tak lze předpokládat, že v rámci českého práva ohledně českých obchodních společností solidární odpovědnost vyloučit nelze. Připouštím, že jde o konzervativní výklad, který se nemusí všem zamlouvat, nicméně v rámci zachování právní jistoty je nutné s možností vynucené solidární odpovědnosti počítat.

Lhůta k převzetí závazků není na rozdíl od ObchZ Nařízením o SE stanovena. SE tedy může schválit jednání i po uplynutí třech měsíců od jednání. Zmíněný přístup je shodný s úpravou obsaženou v První směrnici, kde žádná lhůta taktéž není stanovena. Vzhledem k tomu, že čl. 16 odst. 2 Nařízení o SE představuje přímou úpravu a komplexně zahrnuje jednání před vznikem společnosti, nezbývá zde prostor k aplikaci restriktivní tříměsíční lhůtyobsažené v § 64 odst. 1 ObchZ. Pro uplatnění časového omezení ani není důvod v ochraně věřitelů. Podle mého názoru Nařízení o SE neomezenou lhůtou chrání smluvní partnery více. Než SE schválí takové jednání, smluvní partneři se mohou domáhat plnění přímo po osobách se kterými do smluvního vztahu vstoupili.²²⁰ Na druhou stranu, chtějí-li mít osoby jednající před vznikem SE absolutní jistotu v tom, že závazky na SE přejdou, mohou se přičinit o to, aby SE schválila tato jednání do uplynutí tříměsíční lhůty podle ObchZ. Výše zmíněný závěr totiž představuje pouhý výklad, ohledně něhož si lze představit i opačnou argumentaci,

Inspirace viz. odkaz na Dědiče v ELIÁŠ, K., POKORNÁ, J., DVOŘÁK, T. *Kurs obchodního práva. Obchodní společnosti a družstva*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 10.

²²⁰ Ke stejnému závěru, avšak bez argumentace viz. DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 282.

tedy že by závazky po uplynutí tříměsíční lhůty nepřišly. To by však bylo podle mého názoru v rozporu s Nařízením o SE.

Pokud jde o právní úkony učiněné před založením SE přeměnou, nová SE závazky nepřebírá výslovným souhlasem ani jiným prohlášením. Po zaniklé společnosti přechází totiž na nově vzniklou SE všechny závazky zaniklé společnosti automaticky ze zákona.²²¹

6.2.4.4 Založení SE fúzí akciových společností nebo SE

Fúzí dvou či více akciových společností nebo SE lze založit SE v případě, že fúzující obchodní společnosti mají sídlo ve dvou různých členských státech EU. Počítá se s možností fúze dvou rovnocenných společností, ale i mateřské s dceřinou ať již ve formě up-stream nebo down-stream fúze.²²² Fúzi lze kombinovat s přenesením sídla fúzujících společností, a to i do jiného členského státu EU než ve kterém měla jedna z fúzujících společností sídlo.²²³

6.2.4.5 Založení SE jako holdingové společnosti

SE může být také založena jako holdingová společnost dvou či více akciových společností, společností s ručením omezeným či SE, pokud mají sídlo ve dvou různých členských státech nebo mají dceřinou společnost, která se řídí právním řádem jiného členského státu nebo organizační složku umístěnou v jiném členském státu EU po dobu alespoň dva roky. Zakladatelem může být kdokoliv, tedy fyzické i právnické osoby bez ohledu na to, zda jsou příslušníky členského státu EU.²²⁴ Sídlo nové SE může být umístěno v jakémkoliv členském státu EU.

²²¹ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 281.

²²² Up-stream merger znamená fúzi dceřiné společnosti do mateřské, přičemž down-stream merger je označením pro fúzi společnosti mateřské do společnosti dceřiné.

²²³ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 147.

²²⁴ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 148.

6.2.4.6 Založení SE jako dceřiné společnosti

V souladu s čl. 35 Nařízení o SE mohou založit SE jako dceřinou společnost společnosti ve významu uvedeném v čl. 54 SFEU²²⁵, které mají sídlo v alespoň dvou různých členských státech EU. Dceřinou společnost může založit i pouze jedna společnost, a to za podmínky, že má po dobu alespoň dvou let „*dceřinou společnost řídící se právem jiného členského státu nebo pobočku nacházející se v jiném členském státě*“. Dceřinou společnost může také bez dalších omezení založit SE. Sídlo nové SE může být umístěno v jakémkoliv členském státu EU.

Co se týče požadavku na dceřinou společnost, která se má řídit právem jiného členského státu,²²⁶ mohlo by se zdát, že by stačilo, aby se cizím právem řídil pouze statut obchodní společnosti, která by však měla sídlo ve stejném státu jako společnost mateřská. Takový přístup by pak mohl být využit v zemích uznávajících inkorporační přístup. Takto vykonstruované řešení by mohlo nalézt i argumentační podporu jednak v preambuli Nařízení SE, která stanoví účel SE, aby společnosti, „*jejichž činnost není omezena na uspokojování pouze čistě místních potřeb, mohly plánovat a provádět reorganizaci v měřítku Společenství*“²²⁷, a také v jazykovém a logickém výkladu čl. 2 odst. 3 písm. b) Nařízení o SE,²²⁸ které pro organizační složku výslovně vyžaduje umístění v jiném členském státě, pro společnost dceřinou již nikoliv. K nastíněnému řešení je však potřeba přistupovat s nejvyšší možnou opatrností, jelikož tento koncept není ozkoušený, odborná literatura²²⁹ se této otázce nevěnuje.

²²⁵ Čl. 54 SFEU definuje společnost jako „[...] společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.“.

²²⁶ Stejný požadavek je v čl. 2 odst. 2 Nařízení o SE stanoven pro jeden ze způsobů založení SE jako holdingové společnosti a v čl. 2 odst. 4 upravující přeměnu akciové společnosti na SE.

²²⁷ Odst. 1 preambule Nařízení o SE.

²²⁸ Společnosti mohou založit SE jako dceřinou společnost jestliže mj. „[...] mají dceřinou společnost řídící se právem jiného členského státu nebo pobočku nacházející se v jiném členském státě“.

²²⁹ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004; *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006.

6.2.4.7 Založení SE přeměnou akciové společnosti

SE lze založit také přeměnou akciové společnosti, a to postupem podle čl. 37 a násl. Nařízení o SE. V tomto případě není možno současně s přeměnou přenést sídlo společnosti do jiného členského státu.²³⁰ Sídlo lze přenést pouze až po uskutečnění přeměny. K možnosti uskutečnit přeměnu je podle čl. 3 odst. 4 legitimována „[a]kciová společnost založená podle práva členského státu, která má sídlo a správní ústředí ve Společenství, [...] pokud má alespoň dva roky dceřinou společnost řídicí se právem jiného členského státu.“ Nestačí tedy, aby akciová společnost měla v jiném členském státě organizační složku.

K pojmu „dceřiná společnost řídicí se právem jiného členského státu“ viz argumentace v odst. 6.2.4.6 výše, která částečně odůvodňuje možnost umístění mateřské i dceřiné společnosti na území pouze jednoho členského státu.

Nařízení o SE ve svém čl. 66 odst. 1 dále připouští možnost přeměny SE na akciovou společnost národního práva.

6.2.5 Kapitálová struktura SE

Minimální výše základního kapitálu je harmonizovaná Nařízením o SE, který v čl. 4 odst. 1 vyžaduje nejméně 120.000,- Eur. Členský stát může požadovat základní kapitál vyšší, potom by se požadavek vztahoval na společnosti se sídlem v takto regulatorně naladěném členském státu.²³¹ Jelikož horní hranice minimální výše základního kapitálu není Nařízením o SE fixovaná stabilní částkou, otevírá to možnost umožnit SE některé formy podnikání, doteď vyhrazené pouze národním akciovým společnostem. Jednalo by se o pojišťovnictví, bankovníctví, obchodování na trhu s cennými papíry, kde je stále omezen okruh podnikatelů na akciové společnosti s vyšší minimální mírou základního kapitálu.²³² Nařízení o SE tedy otevírá možnost legislativnímu zásahu lokálního zákonodárce, který by mohl výslovně stanovit, že určité

²³⁰ Čl. 37 odst. 3 Nařízení o SE.

²³¹ Čl. 4 odst. 3 Nařízení o SE.

²³² Většinou je minimální základní kapitál stanoven na 50.000.000,- Kč.

podnikatelské činnosti může kromě akciové společnosti provozovat i SE. V České republice se tak zatím nestalo.²³³

Jelikož ČR ještě nepřijala Euro za svou platební jednotku, stanoví ZSE ve svém § 66 odst. 1, že „základní kapitál evropské společnosti [musí být] vyjádřen a účetní závěrka a konsolidovaná účetní závěrka evropské společnosti zpracována a zveřejněna v peněžních jednotkách české měny. Tím není dotčena možnost evropské společnosti uvádět údaj o základním kapitálu a zpracovat a zveřejnit účetní závěrku nebo konsolidovanou účetní závěrku souběžně také v euro.“ K pragmatické otázce k jakému datu fixovat směnný kurz Eur/Kč a který ze směnných kurzů použít, nalezneme odpověď v čl. 67 odst. 1 Nařízení o SE, kde je stanoveno, že „přepočítacím koeficientem mezi národní měnou a eurem [je] přepočítací koeficient, který platil poslední den měsíce, který předcházel založení SE“. Vzhledem k tomu, že Koruna vůči Euru neustále kolísá, lze jen doporučit portfoliovým zakladatelům SE, aby sladili vlny zakládání s momenty oslabování Eura. Pak s každým 1% oslabení eura (tj. přibližně 0,25 Kč na 1 Euro) a následným prodejem SE do zahraničí vydělá zakladatel dalších 1.200,- Eur, což je více než pěkné. Na druhou stranu, pokud se Koruna oslabí, prodej českých SE se nemusí obchodníkovi vůbec vyplatit.

Co se týče účelu základního kapitálu, v právních učebnicích bývá zdůrazňována garanční funkce vůči věřitelům společnosti,²³⁴ s tím že jeho ochrannou funkci nelze přeceňovat. Základní kapitál je pouze číselný údaj zapisovaný do obchodního rejstříku. Samotná hodnota společnosti v čase kolísá, základní kapitál se však mění pouze na základě formalizovaných postupů a tak se jeho hodnota od hodnoty samotné společnosti SE může diametrálně vzdálit. Vzhledem k relativitě významu²³⁵ základního kapitálu bylo dokonce přistoupeno k novelizaci Druhé směrnice.²³⁶

²³³ Zejm. co se týče bank, pojišťoven a obchodníků s cennými papíry.

²³⁴ Viz. např. ELIÁŠ, K., POKORNÁ, J., DVOŘÁK, T. *Kurs obchodního práva. Obchodní společnosti a družstva*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 47.

²³⁵ Pro inspiraci lze doporučit komparační článek ČERNÁ, Stanislava, *Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?* Právní rozhledy 22/2005, s. 816. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

²³⁶ K novelizaci Druhé směrnice stručně a přehledně viz. DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 441 a násl.

I přes relativitu garanční funkce základního kapitálu však lze považovat 120.000,- Eur za přiměřenou a nijak neomezující podnikání. SE je totiž forma obchodní společnosti vytvořena na míru rozsáhlým mezinárodním podnikatelským záměrům. Taková činnost vyžaduje vysoké provozní náklady, a i kdyby nebyla povinnost skládat základní kapitál v minimální výši 120.000,- Eur, lze očekávat, že by si racionálně smýšlející podnikatel minimálně stejnou částku pro začínající provoz podniku SE vyhradil i bez donucující regulace.²³⁷

Základní kapitál SE je rozvržen na akcie, přičemž úprava cenných papírů akciového práva je ve vztahu k SE přenechána čl. 5 Nařízením o SE národním předpisům, „*keré by se vztahovaly na akciovou společnost se sídlem v členském státě, ve kterém je SE zapsána do rejstříku*“. V případě ČR tak budou cenné papíry vydávané SE regulovány zejm. ZCP, ObchZ, ZPKT, ZNP. K podrobnostem ohledně cenným papírům akciového práva viz níže. Pro další detaily odkazují na poutavou specializovanou literaturu.²³⁸

6.2.6 Struktura orgánů SE

Nařízení o SE přineslo sjednocující požadavek, aby byl zakladateli SE umožněn výběr mezi monistickou a dualistickou strukturou orgánů. Dualistické uspořádání je typické pro právo akciových společností v Německu a po něm ho převzali další státy včetně České republiky, a to např. Rakousko, Polsko, skandinávské státy či Nizozemí.²³⁹ Monistické uspořádání je charakteristické pro angloamerické právní řády a tradičně se uplatňuje také ve Francii, Itálii, Švýcarsku, Maroku a dalších zemích.²⁴⁰

²³⁷ Obdobně např. ve Francii, kde minimální základní kapitál společnosti s ručením omezeným (Société à responsabilité limitée) vůbec stanoven není (zdroj:

<<http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/francie/pravidla-pro-podnikani-ve-francii/1000421/42824/>> [cit. 3. října 2010]), podnikatelé stejně v průměru vkládají při založení společnosti do základního kapitálu v přepočtu přibližně 100.000,- Kč (zdroj: přednáška obchodního práva Prof. Černé ze dne 12.11.2008 ke společností s ručením omezeným, uskutečněná na PFUK). Analogicky lze usuzovat přiměřené náklady na provoz akciové společnosti přibližně ve výši 2.000.000,- Kč a víc.

²³⁸ KOTÁSEK, J., PIHERA, V., POKORNÁ, J., RABAN, P., VÍTEK, J. *Kurs obchodního práva. Právo cenných papírů*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, str. 73 – 187.

²³⁹ ČERNÁ, S. *Obchodní právo. Akciová společnost*. 3. díl, Praha: ASPI, 2006, str. 218.

²⁴⁰ ČERNÁ, S. *Obchodní právo. Akciová společnost*. 3. díl, Praha: ASPI, 2006, str. 219 - 220.

Orgánem SE, který je upraven stejně pro monistický i dualistický systém je valná hromada. Ta je nejvyšším orgánem společnosti a její úprava se nachází v čl. 52 a násl. Nařízení o SE. Úprava valné hromady v Nařízení o SE je víceméně stručná, obsahuje pouze rámcově pravomoc, frekvenci konání, legitimaci ke svolání, minoritní akcionáře, většinu potřebnou k přijetí usnesení, většinu potřebnou ke změně stanov, vyloučení hlasovacích práv, hlasování podle druhů akcií. Zmíněná oblast úpravy navíc odkazuje na právní řády členských států, ve kterém se nachází sídlo SE. Lze tedy uzavřít, že pravomoci a působnosti VH výrazně závisí na národních právních řádech. Odchylky od národních právních řádů jsou k nalezení zejména ve dvou záležitostech, a to²⁴¹ (i) první zasedání valné hromady se koná kdykoli během 18 měsíců od vzniku SE, a (ii) lhůta ke svolání valné hromady na žádost akciové minority je stanovena na 2 měsíce.²⁴²

ZSE upravuje valnou hromadu v § 43 a 44, nestanoví zásadní odchylky od ObchZ. ZSE pouze zdůrazňuje odchylnou lhůtu konání první valné hromady, tj. až do uplynutí 18 měsíců od vzniku SE,²⁴³ ObchZ pro národní akciové společnosti stanoví lhůtu 60 dnů po splacení vkladů do základního kapitálu u akciové společnosti založené s veřejnou nabídkou²⁴⁴ a pokud byla společnost založena bez veřejné nabídky do jednoho roku od založení.²⁴⁵

6.2.6.1 Monistické uspořádání orgánů SE

Před vstupem ČR do EU nebyl monistický systém v českém právním řádu vůbec upraven. Vzhledem k přístupu ČR do EU se stalo Nařízení o SE bezprostředně aplikovatelné a účinné, vzhledem k nutnosti národní transpozice se stala úprava monistického systému předmětem úpravy v § 26 – 45 ZSE.

²⁴¹ Další odlišnosti viz. DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009, str. 779.

²⁴² Na rozdíl od úpravy obsažené v § 181 odst. 2 ObchZ zavazující představenstvo svolat valnou hromadu ve lhůtě 40 dnů od dojití žádosti akciové minority.

²⁴³ § 43 odst. 2 Zákona o SE.

²⁴⁴ § 169 odst. 1 ObchZ.

²⁴⁵ § 184 odst. 1 ObchZ.

Monistický systém umožňuje založení SE s pouze dvěmi obligatorními orgány, (i) správní radou a (ii) valnou hromadou.

Valná hromada se řídí čl. 52 a násl. Nařízením o SE, které široce odkazuje na subsidiární použití vnitrostátní úpravy akciových společností.

To, co odlišuje monistický systém od dualistického, je správní rada, která v sobě zahrnuje pravomoc jak představenstva, tak dozorčí rady. Nařízením o SE obsahuje pouze stručnou úpravu správní rady, a tak záleží na jednotlivých členských státech EU, v jaké podobě správní radu vymodelují. Česká republika se inspirovala francouzskou úpravou.²⁴⁶

Správní radu reprezentuje její předseda. Ten „[o]rganizuje a řídí její činnost, o níž podává správu valné hromadě. Dohlíží na dobré fungování orgánů [SE] a sleduje, zda členové správní rady jsou schopni řádně vykonávat svou funkci“.²⁴⁷

Předseda správní rady může mít i jednatelské oprávnění včetně obchodního vedení SE. Záleží na znění stanov SE, zda takové oprávnění přenechají předsedovi správní rady nebo jiné fyzické osobě.²⁴⁸ Na základě zvolené konfigurace oprávnění rozlišujeme dvě podoby správní rady.

Výběr mezi nimi umožňuje ZSE v § 35. První z podob představuje tzv. klasický model,²⁴⁹ který v osobě předsedy správní rady spojuje statutární orgán SE a obchodní vedení SE. Zbývají členové správní rady mají kontrolní pravomoc charakteristickou pro členy dozorčí rady v dualistickém modelu.

Druhá podoba správní rady odděluje osobu předsedy správní rady od obchodního vedení a jednatelského oprávnění, ke kterému je oprávněna fyzická osoba jmenovaná správní radou. Takto jmenovaná osoba má titul generálního ředitele. Předsedovi správní rady zůstávají některé organizační a kontrolní pravomoci, pro české

²⁴⁶ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 329.

²⁴⁷ Citace § 29 odst. 4 ZSE.

²⁴⁸ Viz. § 35 odst. 1 ZSE.

²⁴⁹ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 330.

pojetí v ObchZ příznačné spíše pro předsedu dozorčí rady.²⁵⁰ Takové uspořádání přibližuje oddělením jednotlivých oprávnění monistický systém dualistickému. Představuje tedy jakýsi přechod mezi klasickým monistickým systémem a formálním oddělením dozorčích a jednatelských orgánech akciových společností v dualistickém uspořádání.

Kromě generálního ředitele může správní rada jmenovat až 5 dalších delegovaných generálních ředitelů, které jsou pověřeny asistencí generálnímu řediteli.²⁵¹ Podle §39 odst. 5 má „[d]elegovaný generální ředitel [...] vůči třetím osobám stejný rozsah jednatelského oprávnění jako generální ředitel“.

K výše vymezeným možnostem určení osoby mající postavení statutárního orgánu přistupuje zásada plurality statutárních orgánů.²⁵² Tato zásada je něco, čeho bychom v čisté podobě v ObchZ hledali marně. Obchodní společnosti podle § 56 ObchZ (kromě evropských forem společností) mají totiž striktně vymezeny statutární orgány. Takový přístup neodpovídá jiným právním řádům, které za statutární orgán považují jakýkoliv orgán společnosti. Tímto se snižuje komplikovanost určení závaznosti právních úkonů různých orgánů společnosti. ObchZ pak řeší situaci komplexem regulace jednání podnikatele ve svém Dílu IV. Hlavy I. části první, který je speciální k úpravě obsažené v § 20 odst. 2 OZ. Tento koncept neodpovídá ochraně dobré víry ohledně jednání všech orgánů společnosti a už vůbec není přehledný pro laika. Ochrana dobré víry by byla zachována pokud by za statutární orgán byly považovány všechny její orgány. Statutární orgán v dnešním pojetí českého práva (kromě evropských forem společností) přisuzuje Pelikánová „*deformaci pojmu „orgán“ a „statutární orgán“ v socialistickém právu*“.²⁵³

²⁵⁰ Např. reprezentace správní rady, dohled na dobré fungování orgánů evropské společnosti, může dokonce vykonávat i funkci generálního ředitele, více viz. DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 350.

²⁵¹ Viz. § 36 ZSE.

²⁵² DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 332 a násl.

²⁵³ PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Obchodní právo. 1. díl*, 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, str. 404.

ZSE vychází z plurality statutárních orgánů a stanoví, že správní rada „*může jednat jménem [SE] navenek ve všech věcech*“.²⁵⁴ Z tohoto ustanovení v kombinaci s § 191 odst. 1 ObchZ vyplývá oprávnění každého člena správní rady jednat jménem společnosti – záleží na způsobu jednání jménem společnosti zapsaném v obchodním rejstříku.²⁵⁵ Následně se tedy může stát, že statutárním orgánem budou zároveň jak každý člen správní rady, tak generální ředitel i delegovaní ředitelé SE. Statutární orgány však lze regulovat ve stanovách SE, a tak vyhradit toto oprávnění např. pouze správní radě a předsedovi správní rady a generálnímu řediteli vůbec nejmenovat.

Naskýtá se otázka, co když statutární orgán překročí své jednatelské oprávnění, ať již jde o správní radu a její členy, předsedu správní rady, generálního ředitele nebo delegovaného generálního ředitele. ZSE v ustanovení týkající se jednatelského oprávnění správní rady²⁵⁶ vychází ze zpřísněné modifikované doktríny²⁵⁷ *ultra vires* přičemž SE bude zavázána i jednáním správní rady, které překračuje předmět podnikání SE. Ačkoliv ZSE nestanoví výslovně, zda se zmíněné ustanovení § 40 odst. 4 ZSE, regulující jednání jménem ZSE, vztahuje i na jiné statutární orgány SE, podle mého názoru tak tomu je. V této otázce je nutno aplikovat ustanovení § 13 odst. 4 ObchZ, které upravuje jednání učiněné statutárním orgánem stejně jako § 40 odst. 4 ZSE.

6.2.6.2 Dualistické uspořádání orgánů SE

Dualistické uspořádání orgánů je v českém prostředí důvěrně známé vzhledem k jeho tradičnímu použití v úpravě kapitálových společností. V tomto ohledu vychází česká úprava ze vzoru německého pojetí orgánů společnosti. Stejně tak z německého

²⁵⁴ Viz. § 40 odsst. 2 ZSE.

²⁵⁵ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 332.

²⁵⁶ Viz. § 40 odst. 4 ZSE.

²⁵⁷ Modifikovaná doktrína *ultra vires* je dispozitivně vyjádřena v čl. 9 odst. 1 Druhé směrnice a stanoví, že překročení jednatelského oprávnění zavazuje společnost pouze v případě, že učiněný úkon nepřekračuje předmět podnikání. Český zákonodárce zpřísnil odpovědnost i na jednání překračující předmět podnikání, a to kromě samotného ZSE i v § 13 odst. 4 ObchZ. Platí však, že podnikatele nezavazuje jednání překračující působnost, kterou jednajícím orgánu světuje zákon.

vzoru vychází Nařízení o SE ve svém čl. 39 – 42.²⁵⁸ V dualistickém uspořádání jsou obligatorními orgány SE valná hromada, představenstvo a dozorčí rada.

Nařízení o SE se vztahuje na tzv. „řídící orgán“. Tento je pak pojmenován ZSE jako představenstvo, dále budu tedy uvádět jen představenstvo i pro úpravu v Nařízení o SE. Představenstvo *“je v dualistickém systému [SE] stejně jako v české národní úpravě pojato jednak jako statutární orgán, jednak jako řídící orgán zabezpečující obchodní vedení společnosti.”* Úprava představenstva v Nařízení o SE je odlišné od české úpravy v několika ohledech:²⁵⁹

- (i) Členové představenstva jsou voleni dozorčí radou s tím, že členský stát *„může vyžadovat nebo umožnit, aby ve stanovách bylo stanoveno, že člena nebo členy [představenstva] jmenuje a odvolává valná hromada za stejných podmínek, jaké platí pro akciové společnosti se sídlem na jeho území.“*²⁶⁰ ZSE tuto možnost využil.²⁶¹
- (ii) Minimální počet členů představenstva v SE je jeden. Nařízení o SE dalo v čl. 39 odst. 3 členským státům možnost, aby stanovili jiný minimální počet členů představenstva, ČR této možnosti nevyužila a ponechala možnost samotného člena představenstva. Na rozdíl od SE česká národní akciová společnost může mít jednoho člena představenstva pouze v případě, že akciová společnost má jediného akcionáře.²⁶² Možnost jednoho člena představenstva v SE dodává na atraktivitě a pružnosti SE. Navíc přibližuje dualistický systém monistickému, ve kterém může být obchodní vedení i jednání jménem společnosti taktéž svěřeno jedné osobě, a to předsedovi správní rady v případě, že nedošlo k delegaci oprávnění na generálního ředitele.

²⁵⁸ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 162.

²⁵⁹ Bodově viz. DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009, str. 781.

²⁶⁰ Čl. 39 odst. 2 Nařízení o SE.

²⁶¹ Čl. 23 ods. 1 ZSE.

²⁶² § 194 odst. 3 ObchZ.

- (iii) Členem představenstva může jmenovat dozorčí rada také svého člena, tomuto se na dobu výkonu funkce člena představenstva pozastavuje výkon funkce dozorčí rady. Dvořák jako výhodu této možnosti, upravené v čl. 39 odst. 3 Nařízení o SE, uvádí²⁶³ schopnost dozorčí rady flexibilně jmenovat člena představenstva do té doby než najde jiného schopného kandidáta. V české úpravě obsažené v ObchZ takovou možnost nenajdeme, v případě, že je členů představenstva více, lze využít kooptace²⁶⁴, tedy možnosti, aby představenstvo jmenovalo své náhradní členy do příštího zasedání valné hromady.²⁶⁵
- (iv) Funkční období členů představenstva může být až šestileté, musí však tak být stanoveno ve stanovách SE.²⁶⁶
- (v) Podstatná odchylka výkonu funkce členů představenstva spočívá ve skutečnosti, že k jejímu výkonu může být udělena plná moc. Nařízení o SE totiž v čl. 50 stanoví možnost hlasování na zasedání orgánů SE (a tedy i představenstva) v zastoupení. Oproti tomu ObchZ důsledně sleduje zásadu k osobnímu výkonu funkce, a to v plném rozsahu pro členy orgánů společnosti, omezeně pro společníky v závislosti na jednotlivých typech obchodních společností.
- (vi) Dvořák²⁶⁷ navíc zmiňuje rozdílnost týkající se výjimek z povinnosti mlčenlivosti, obsažené v čl. 49 Nařízení o SE, v případech “*ve kterých je sdělení ve veřejném zájmu*”. Veřejný zájem v Nařízení o SE definován není a bude ho tedy třeba interpretovat eurokonformním způsobem.²⁶⁸

²⁶³ DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009, str. 782.

²⁶⁴ Kooptace je možná nejen v případě české akciové společnosti, ale i v případě jmenování člena představenstva SE.

²⁶⁵ § 194 odst. 2 ObchZ.

²⁶⁶ Viz. čl. 49 Nařízení o SE.

²⁶⁷ DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009, str. 782.

²⁶⁸ K eurokonformnímu výkladu např. bod č. 18 rozhodnutí SDEU C.I.L.F.I.T, které stanoví, že pro eurokonformní výklad je nutno srovnat všechny jazykové verze konkrétního pramenu práva EU. Český překlad rozhodnutí v TICHÝ, Luboš a kol., *Dokumenty ke studiu evropského práva*, 3. přepracované vydání, Linde 2006, str. 461.

Oproti úpravě národní akciové společnosti v ObchZ je tedy povinnost mlčenlivosti omezena, a to značně bezbřehým a neurčitým pojmem. Co se týče veřejného zájmu vykládaného (nikoli eurokonformně) českými soudy (zejména v otázkách řešených ve správním soudnictví) lze veřejný zájem definovat jako *“takový zájem, který je možno označit za obecně prospěšný zájem”*²⁶⁹. Hendrych uvádí k veřejnému zájmu, že je to *“druh zájmu, který je obecně prospěšný (zejména zájem státu či jiné veřejnoprávní korporace), opak čistě soukromého zájmu. Uplatňuje se v tvorbě, interpretaci a v aplikaci práva, zvláště jako jeden ze dvou důvodů zákonné limitace základních práv a svobod. Protože se jedná o jeden z právních pojmů s neostrým významem, měl by být v zákonech blíže specifikován či definován.”*²⁷⁰

Co se týče dozorčí rady SE, pravidla odlišná od ObchZ jsou obdobná výše zmíněným pro představenstvo. Dozorčí rada tak může mít jednoho člena, období může být až šestileté, povinnost mlčenlivosti je omezena veřejným zájmem, výkon funkce lze provádět na základě zmocnění. Pro detailnější pojednání lze odkázat na specializovanou literaturu.²⁷¹

6.2.7 Přemístění sídla SE do jiného členského státu

Jednou z hlavních výhod SE je možnost přemístění jejího sídla do jiného členského státu bez dodatečných restrikcí ukládaných členskými státy. Na rozdíl od národních forem obchodních společností členské státy nemohou bránit pohybu SE po EU. Svoboda pohybu národních společností je na rozdíl od SE značně omezena, a to zejm. nedostatečnou právní úpravou na úrovni jednotlivých států. Komplikace musely být řešeny judikaturou SDEU, přičemž dodnes není svoboda pohybu a usazování společností zřetelně vyřešena.

Přemístění sídla je podrobně upraveno v čl. 8 Nařízení o SE.

²⁶⁹ Rozhodnutí krajského soudu v Hradci Králové, 31 Ca 71/98.

²⁷⁰ HENDRYCH, D. a kol., *Právníký slovník*, Praha 2009, dostupný na <<http://www.beck-online.cz>>, [cit. 17. října 2010].

²⁷¹ DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009, str. 784.

Přemístěním sídla SE se zachovává právní kontinuita společnosti, mění se osobní statut společnosti, a také právo aplikovatelné na poměry SE (k pramenům práva viz. odst. 6.2.3 výše).

Přemístění sídla probíhá tak, že nejprve musí přestavenstvo nebo správní rada vyhotovit tzv. Projekt přemístění sídla, jenž obsahuje (i) určení nového sídla SE, (ii) stanovy a příp. novou firmu SE, (iii) informace zahrnující důsledky přemístění na účast zaměstnanců v SE, (iv) harmonogram přemístění, a (v) souhrn veškerých práv na ochranu akcionářů nebo věřitelů. K poslední obsahové náležitosti lze uvést, že mezi práva na ochranu akcionářů patří např. možnost prostudovat si v sídle společnosti projekt přeměny, ochrana minoritních akcionářů nesouhlasících s přeměnou. Mezi práva na ochranu věřitelů patří např. fikce v čl. 8 odst. 16 Nařízení o SE, kterou se má za to, že vzhledem k pohledávkám, které vznikly před přemístěním sídla, má společnost stále své původní sídlo. Posledně zmíněná fikce bude mít zejména význam při možnostech vymáhání pohledávek, které jsou v prodlení.

Představenstvo nebo správní rada dále vyhotovuje zprávu zachycující hospodářská a právní hlediska přemístění a důsledky z něho plynoucí pro akcionáře, věřitele a akcionáře. Na rozdíl od projektu přeměny by to měl být tedy dokument spíše jednodušší a čtivý, do jisté míry srozumitelný laikům, tedy zaměstnancům SE. Zpráva by měla navíc zachycovat informace týkající se výměny akcií.²⁷² Stejně jako jakákoliv jiná transakce, i přemístění sídla může mít dopad na kurz akcií. V tomto ohledu Nařízení o SE zmiňuje ochranu akcionářů, když ve čl. 8 odst. 5 umožňuje členským státům, na jejichž území je SE zapsaná, aby přijali „opatření k zajištění přiměřené ochrany menšinových akcionářů, kteří s přemístěním nesouhlasili.“ ZSE vzhledem k ochraně akcionářů odkazuje na ochranu „podle ustanovení zákona o přeměně obchodních společností a družstev o povinném odkupu akcií nástupnickou společností před fúzí“.²⁷³ Vůči akcionářům, kteří nesouhlasili s přemístěním sídla musí SE učinit veřejný návrh smlouvy o úplatném převodu akcií, a to ve lhůtě do 2 týdnů od konání valné hromady, která přemístění sídla schválila.

²⁷² DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr. *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, str. 447.

²⁷³ § 12 ZSE.

Vypořádání, které bude poskytnuto akcionářům nesouhlasícím s přemístěním sídla musí být přiměřené, přičemž její přiměřenost přezkoumá znalec jmenovaný za tímto účelem soudem.²⁷⁴ Základní úprava veřejného návrhu odkupu akcií je upravena v § 147 a násl. ZoP a splnění zákonných podmínek podléhá doзору²⁷⁵ České národní banky.

Přemístění sídla představuje vysokou formu kooperace členských států mezi sebou. K tomu, aby měl cílový stát jistotu o splnění všech úkonů a formalit, které musí být provedeny před přemístěním, slouží institut osvědčení. Osvědčení vydá podle čl. 8 odst. 8 Nařízení o SE „*soud, notář nebo jiný příslušný úřad*“ členského státu, ve kterém má SE sídlo. ZSE určil, že osvědčení vydává v České republice notář.²⁷⁶ Cílový stát zapíše přemístění do svého obchodního rejstříku až ve chvíli, kdy obdrží příslušné osvědčení notáře a v okamžiku zápisu nabyde změna účinnosti. Výmaz z obchodního rejstříku domovského státu má již pouze deklaratorní účinek.²⁷⁷

Ochrana menšinových akcionářů, kteří hlasovali proti přemístění sídla SE je upravena v čl. 8 odst. 5 Nařízení o SE, které je konkretizováno v § 13 ZSE a stanoví povinnost nástupnické společnosti odkoupit akcie nesouhlasících akcionářů. Akcie všech akcionářů budou vyměněny za akcie vydané v souladu s právem státu, ve kterém je umístěno nové sídlo SE.

6.2.8 Akcie SE

Úprava akciového práva je svěřena subsidiárnímu národnímu právnímu řádu. Cenné papíry jsou velice zajímavým předmětem zkoumání z hlediska kolizní problematiky. V EU není jasně upravena kolizní problematika cenných papírů.

²⁷⁴ Znalec musí být jmenován vzhledem k ustanovení § 28 ZoP.

²⁷⁵ K odlišení pojmů dozor a dohled viz např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 6. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 279, kde je pojem dozor definován jako „*správní činnost, při které vykonavatel veřejné správy (dozorčí orgán) pozoruje chování nepodřízených subjektů a porovnává je s chováním žádoucím, s požadavky právních norem*“. Pojmem analogickým k doзору, nicméně označující stejnou funkci správního orgánu vůči orgánům jemu nepodřízených je správní dohled. Význam rozlišení dozoru a dohledu spočívá zejména v teoretické a právně systematické rovině, přičemž laikům význam obou pojmů splývá, aniž by to mělo jakýkoliv vliv na jejich chování.

²⁷⁶ § 14 odst. 1 ZSE.

²⁷⁷ DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, str. 168.

Obzvláště problematický stav vzniká u akcií zaknihovaných. Nejde tak ani o problém při přemístění společnosti, právní praxe si je bezradná při jakýmkoliv určení práva aplikovatelného na cenné papíry.

Podle *Eleka*²⁷⁸ právní řády členských zemí EU včetně České republiky zaostávají za finanční praxí o 20-30 let.

Akcie SE mohou mít podobu listinnou nebo zaknihovanou.

S postupující internacionalizací je zcela běžným jevem, že v portfoliu investorů se mohou objevit akcie SE emitované v různých zemích a zapsané na různých zprostředkovatelských účtech. Ne zcela výjimečně český akcionář obchoduje s akciemi na trzích mimo ČR. Související otázkou, kterou je nutno položit, je jakým právním řádem se spleť vztahů, vznikajících na kapitálových trzích, řídí. Pro některé investory tato informace slouží k pouhému dokreslení jejich postavení a může jen hypoteticky pomoci k posouzení investice (např. zhodnocením systematického rizika potřebného pro výpočet rizikovosti a výnosnosti akcie). Pro investory obchodující s výraznějšími podíly je určení rozhodného práva velice významné. Mezinárodní finanční transakce lze jenom těžko efektivně uskutečnit bez jasné pozice co do práv a povinností zúčastněných osob. Právní materie v této oblasti vůbec není jednoduchá, chybí veřejně dostupné zdroje informací a zdá se, že v tomto ohledu je spíše know-how zadržováno pod pokličkou mezinárodních transakčních poradců, které své znalosti výhodně prodávají těm, kteří je potřebují.

Právo upravuje několik pro akcie SE relevantních oblastí. Jde o podmínky emise cenného papíru a jeho nabytí investorem, dále práva z něj vyplývající vůči emitentovi (tj. právo na dividendu nebo úrok, vyplacení jistiny, u akcií účast na řízení společnosti, právo požadovat informace, vztahy týkající se násilného převzetí většinovým akcionářem a další), koncernové vztahy, podmínky převodu, zástavy a v neposlední řadě povinnosti vůči regulátorovi trhu (u nás ČNB).

Bohužel v současné době se nacházíme v období, kdy kolizní úprava není zcela sjednocená, a to ani mezi členskými státy EU. Navíc, na jeden cenný papír se vztahuje

²⁷⁸ Štefan, Elek: *Cenné papíry držené skrze prostředníky*, Právní rozhledy 21/2005, s. 774.

více kolizních určovateli a dochází tedy k mozaikové úpravě vztahů vyplývajících z držby a vlastnictví cenného papíru.

Při určování rozhodného práva rozlišujeme tzv. (i) základní statut určující mj. pro otázky vzniku a existence cenného papíru, určení jeho vlastníka, (ii) statut věcný upravující přechod práv, a (iii) obligační statut, určující rozhodné právo pro smlouvu upravující převod cenných papírů.

Přístup k určení základního statutu není zcela jednotný. Obecně uznávaným pravidlem je, že základní statut se řídí stejným právem jako osobní statut společnosti, přičemž osobní statut je určen buď místem inkorporace společnosti nebo místem skutečného sídla společnosti. Podle českého práva se osobní statut, a tedy i základní statut CP řídí právem země, kde byla společnost emitenta založena.

Co se týče věcného statutu, rozlišujeme situaci u listinných a zaknihovaných cenných papírů. U listinných se použije se právní úprava movitých věcí, a tedy rozhodným bude právo země, kde se cenný papír nachází. U zaknihovaných cenných papírů je situace poněkud složitější. Při využití stávajících systémů víceúrovňových zápisů a držby akcií skrz prostředníky se stává situace znepráhledňuje. Právo aplikovatelné na věcný status bude toho státu, ve kterém má sídlo rozhodný zprostředkovatel držby cenného papíru. Bude to tedy nejvýznamnější prostředník z řetězu prostředníků, pomocí kterých je cenný papír držen.

Co se týče obligačního statutu, použijí se kolizní normy pro úpravu závazkových vztahů. Nařízení Řím I. se na závazky z cenných papírů nevztahuje. Na rozdíl od úpravy smlouvy, pro samotný přechod vlastnictví k cennému papíru se použije věcný statut, tedy právo státu, kde je cenný papír umístěn. Vzhledem k disharmonii, která vzniká při převodu cenného papíru umístěného v jiném státu lze jen doporučit pro okamžik podpisu smlouvy o koupi cenných papírů přemístit předmět cenný papír na území ČR, případně na území státu, kterým se bude řídit smlouva. Právo rozhodné lze dojednat ve smlouvě, přičemž právo týkajícího se přechodu vlastnictví vzhledem k jeho věcné povaze dohodnout nelze. Dále se věcným statutem bez ohledu na obligační statut budou řídit podmínky přechodu vlastnictví, podle práva ČR je to tedy požadavek předání CP od prodávajícího kupujícímu, podle právních řádů tomu tak být nemusí.

Další okolností spadající věcného statutu může být přechod závad CP jako jsou zástavní práva, nabytí od nevlastníka apod.

6.2.9 Povinnosti akcionářů SE s kótovanými akcemi

Nařízení o SE ani ZSE nestanoví zvláštní povinnosti týkající se nabývání akcií. Použijí se tedy obecné povinnosti stanovené zejm. v ZPKT, ZNP a ObchZ, které jsou vázány na zákonem určenou výši podílu na SE a jsou stanoveny zejm. ObchZ, ZPKT, ZNP a vycházejí z práva EU²⁷⁹.

Akcionáři, kteří nabývají akcie SE přijaté k obchodování na oficiálním trhu, mají dvě základní povinnosti:

1. oznamovací povinnost,
2. povinnost učinit nabídku převzetí.

6.2.9.1 Oznamovací povinnost

Oznamovací povinnost se týká osob, které dosáhly 3 % podílu na všech hlasovacích právech v SE, pokud je základní kapitál SE vyšší než 100 milionů Kč. Bez ohledu na výši základního kapitálu se oznamovací povinnost týká osob, které dosáhly podíl na všech hlasovacích právech ve společnosti ve výši 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 40 %, 50 % nebo 75 %. Oznámení je nutné učinit vždy, kdy podíl na hlasovacích právech protne kteroukoliv z uvedených procentuálních hranic. To znamená, že oznámení je nutné učinit jak při vzrůstu, tak i při poklesu účasti na společnosti, a to opakovaně v závislosti na vývoji pozice akcionáře.

Oznámení o zvýšení nebo snížení podílu na hlasovacích právech je nutno učinit emitentovi (společnosti) a také ČNB.

Lhůta pro oznámení činí 4 pracovní dny ode dne, kdy se povinná osoba dozví nebo mohla dozvědět o skutečnostech, které tuto povinnost zakládají, přičemž platí

²⁷⁹ Zejm. Transparenční směrnice.

nevyvratitelná domněnka, že se o této skutečnosti dozvěděla nejpozději 2 pracovní dny po dni, kdy tato skutečnost nastala.

Povinnost oznámení vůči ČNB je splněna vyplněním formuláře, který je zveřejněn na webových stránkách ČNB.²⁸⁰ Formulář lze zaslat elektronickou poštou nebo prostřednictvím datové schránky. Detailnější instrukce k vyplnění formuláře a jeho zaslání ČNB jsou obsaženy v pokynech přiložených k formuláři.

Oznamovací povinnost nemá zejm.:

- (i) osoba, za niž splnila oznamovací povinnost osoba, která ji ovládá,²⁸¹
- (ii) osoba, která má ve své moci akcie nebo obdobné cenné papíry představující podíl na emitentovi přijaté k obchodování na regulovaném trhu se sídlem v členském státě EU a hlasovací práva spojená s těmito investičními nástroji vykonává výlučně podle písemného příkazu vlastníka.

ČNB uveřejní informaci o podílu na hlasovacích právech, která jí byla oznámena, na svých webových stránkách.²⁸² Informaci o výši podílu na hlasovacích právech uveřejní ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení oznámení nebo ode dne, kdy tuto informaci sama zjistí.

Nesplnění oznamovací povinnosti nemá za následek neplatnost právního úkonu, na základě kterého došlo k nabytí nebo zvýšení účasti na emitentovi, avšak hlasovací práva spojená s takto nabytou účastí nesmějí být vykonávána, a to do doby splnění oznamovací povinnosti.

²⁸⁰ <http://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/dohled_financni_trh/vykon_dohledu/informacni_povinnosti/vykaznictvi_info_povinnost_emitentu_cp/download/20090730_formulare_infopovinnost-Vzor7.zip>

²⁸¹ Ovládající osobou je podle § 66a odst. 2 ObchZ osoba, která „fakticky nebo právně vykonává přímo nebo nepřímou rozhodující vliv na řízení nebo provozování podniku“. K pojmu ovládající osoba viz dále § 66 odst. 3 a násl. ObchZ.

²⁸² Viz. <http://www.cnb.cz/cs/dohled_financni_trh/vykon_dohledu/informacni_povinnosti/vykaznictvi_info_povinnost_emitentu_cp/hlasovaci_prava/index.html>

6.2.9.2 Povinná nabídka převzetí

Povinnost učinit nabídku převzetí se týká osoby, která sama nebo společně s osobami jednajícími s ní ve shodě²⁸³,

- (i) dosáhla na cílové společnosti alespoň 30 % podíl a je zároveň ovládající osobou²⁸⁴ (tzv. „rozhodný podíl“),²⁸⁵ nebo
- (ii) dosáhla 90% podíl na cílové společnosti, a to i když byla splněna povinnost dle bodu (i) výše (tzv. dodatečná nabídková povinnost).²⁸⁶ To znamená, že povinnost učinit nabídku převzetí v takovém případě vzniká podruhé.

Z povinnosti učinit nabídku převzetí existují výjimky. Případy, kdy není nutno učinit nabídku převzetí, upravuje ZNP podrobně ve svém § 39 a násl. Uvedené výjimky lze příkladmo vymezit jako situace, kdy k nabytí rozhodného podílu došlo v důsledku (i) přeměny společnosti v koncernu, (ii) převodu cenných papírů uskutečněného na základě ovládací smlouvy nebo smlouvy o převodu zisku, (iii) převodu cenných papírů mezi členy koncernu, a (iv) získání akcií zakládajících rozhodný podíl na základě jiné nabídky převzetí.

Nabídka převzetí musí být učiněna do 30 dnů²⁸⁷ ode dne, který následuje po dni získání nebo překročení rozhodného podílu, příp. podílu pro dodatečnou nabídkovou povinnost.

Co se týče adresátů nabídky převzetí, podle vyjádření ČNB²⁸⁸ je povinná nabídka převzetí určena nejenom osobám, které byly akcionáři ke dni změny ovládaní,

²⁸³ Jednáním ve shodě je podle § 66b ObchZ „[...] jednání dvou nebo více osob uskutečněné ve vzájemném srozumění s cílem nabytí nebo postoupit nebo vykonávat hlasovací práva v určité osobě nebo disponovat jimi za účelem prosazení společného vlivu na řízení nebo provozování podniku [...]“. K pojmu jednání ve shodě viz dále § 66b odst. 2 a násl.

²⁸⁴ K pojmu ovládací osoba viz. pozn. pod čarou č. 2 výše.

²⁸⁵ § 35 odst. 1 ve spojení s § 2 odst. 6 ZNP.

²⁸⁶ § 49 ZNP.

²⁸⁷ Tato lhůta je kratší než lhůta stanovená před 1.4.2008, kdy platila 60 denní lhůta. Nově platící 30 denní lhůta se staví po dobu, během níž vede ČNB řízení o souhlasu s uveřejněním nabídky převzetí.

²⁸⁸ Dostupné na <http://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/faq/faq_kt/adresati_povinne_nabidky_prevzeti.pdf>.

ale všem osobám, které vlastní akcie po dobu závaznosti nabídky převzetí, bez ohledu na to, kdy akcie nabyly.

Nabídka převzetí musí být učiněna formou zveřejnění nabídkového dokumentu, což je dokument, který obsahuje množství informací týkajících se zejm. cílové společnosti, navrhovatele a podmínek případného převodu akcií. Okruh informací obsažených v nabídkovém dokumentu je stanoven v ZNP.²⁸⁹

Nabídkový dokument musí být před zveřejněním schválen ČNB. Ta má možnost ve lhůtě 15 pracovních dnů od předložení nabídkového dokumentu uveřejnění nabídky zakázat, pokud by obsahovala závažné vady. Nezakáže-li ČNB uveřejnění nabídky převzetí ve stanovené lhůtě, je navrhovatel oprávněn nabídku převzetí uveřejnit.

Konkrétní podoba nabídkového dokumentu není stanovena, navrhovatel má tedy volnost při jeho přípravě. Na rozdíl od oznamovací povinnosti (viz výše) tedy ČNB nevydala žádný formulář, který by stačilo vyplnit.

Po schválení nabídky ze strany ČNB je nutné nabídkový dokument uveřejnit, a to alespoň v jednom celostátně distribuovaném deníku a současně způsobem umožňujícím dálkový přístup (např. na webových stránkách cílové společnosti).

Pro určení výše protiplnění není nutno vypracovat znalecký posudek. Na druhou stranu, pokud ČNB uzná za vhodné, může si vypracování znaleckého posudku, pro doložení přiměřené výše protiplnění, vyžádat od navrhovatele. ČNB si také může dle svého zvážení nechat vypracovat vlastní znalecký posudek.

Obecné povinnosti při stanovení ceny akcií určuje ZNP,²⁹⁰ který stanoví, že *„[v]ýše protiplnění musí odpovídat alespoň nejvyšší ceně, za kterou povinná osoba nebo osoba s ní spolupracující nabyly v posledních 12 měsících před vznikem nabídkové povinnosti účastnické cenné papíry, které jsou předmětem nabídky převzetí (dále jen „prémiová cena“). V případě, že prémiovou cenu nelze stanovit, musí výše protiplnění*

²⁸⁹ § 10 a § 11 ZNP.

²⁹⁰ § 43 odst. 3 ZNP.

odpovídat alespoň váženému průměru z cen, za které byly uskutečněny obchody s těmito cennými papíry na regulovaném trhu v době 6 měsíců před vznikem nabídkové povinnosti (dále jen „průměrná cena“):

V rámci řízení o udělení souhlasu s nabídkovým dokumentem ČNB přezkoumává i výši protiplnění. V případech kdy protiplnění není přiměřené, může ČNB jeho výši změnit.²⁹¹

Pokud nabídka převzetí byla učiněna v rozporu s právními předpisy, příp. nebyla učiněna vůbec, má tato skutečnost významné dopady:

- (i) Nabídka převzetí nebyla učiněna
 - (A) Vlastník akcie, má právo domáhat se u soudu ve lhůtě 6 měsíců ode dne, kdy se navrhovatel dostal do prodlení s povinností učinit návrh převzetí, uzavření smlouvy o koupi akcií,²⁹²
 - (B) Po dobu, kdy je osoba, které vznikla nabídková povinnost, v prodlení s jejím plněním, nesmí ona ani osoby s ní spolupracující vykonávat hlasovací práva v cílové společnosti.
- (ii) V nabídce převzetí byly obsaženy nesprávné informace
 - Obsahovala-li nabídka převzetí informaci, která je nepravdivá nebo neúplná, a tato informace je důležitá pro posouzení nabídky převzetí, může se každý, kdo byl v době závaznosti nabídky převzetí vlastníkem akcií cílové společnosti, domáhat po navrhovateli náhrady škody, kterou utrpěl v důsledku nesprávnosti či neúplnosti nabídky převzetí.
- (iii) Protiplnění bylo nižší než je vyžadováno ZNP
 - Pokud výše protiplnění při nabídce převzetí byla stanovena v rozporu se zákonem, je příjemce nízkého protiplnění oprávněn domáhat se u soudu doplacení rozdílu mezi protiplněním uvedeným v nabídce převzetí a protiplněním v zákonné výši. Případné soudní rozhodnutí je účinné ve vztahu

²⁹¹ § 44 ZNP.

²⁹² § 183a odst. 7 obch. zák., § 50 ZNP.

ke všem příjemcům. Zahájení řízení jedním z příjemců brání tomu, aby v této věci bylo zahájeno u soudu jiné řízení jiným příjemcem, ten však může již do zahájeného řízení vstoupit.²⁹³

6.2.10 Zrušení a zánik SE

Zrušení, likvidace a související otázky se řídí podle čl. 63 Nařízení o SE ustanovením národního akciového práva. Nařízení o SE pouze v čl. 65 vyžaduje, aby byl náležitě zveřejněn vstup do likvidace. Kromě toho Nařízení o SE v čl. 7 obsahuje dodatečný důvod zrušení společnosti, a to když zapsané sídlo SE se nenachází na území EU, a to ve stejném státě jako její hlavní správa.²⁹⁴

6.2.11 Uplatnění SE v praxi

„Evropská akciová společnost u nás nevzbudila větší pozornost“.²⁹⁵ Uvedený výrok dnes již neplatí. ČR se ukázala být ideální jurisdikcí pro zakládání SE. Podle oficiálních statistik je ČR na prvním místě v žebříčku nejpoužívanějších jurisdikcí celé EU. K 20. květnu 2010 bylo v ČR založeno celkem 291 SE z celkového počtu všech 583 SE v EU. Z českých pak pouhých 19 má vlastní zaměstnance, o ostatních 272 nemá ETUI bližší informace, a tak je zařazuje do kategorie „UFO SEs“. UFO je označení pro SE, která „pravděpodobně vykazuje činnost, není o ní však dostatek informací ke klasifikaci do jiných kategorií“, těmi jsou „Normal SE“ (tj. SE vykazující činnost a zaměstnávající alespoň 5 zaměstnanců), „Empty SE“ (tj. SE vykazující činnost bez zaměstnanců) a „Shelf SE“ (tj. SE, která nevykazuje činnost, ani nemá zaměstnance).

Důvodů oblíbenosti ČR pro umístění sídla SE může být několik. V ČR lze založit dualistickou SE s jediným členem představenstva a jediným členem dozorčí rady. Co se týče daňového zatížení SE, českou sazbu 19% z příjmů právnických osob pro rok 2010 lze stále považovat v evropském kontextu za přijatelnou. Navíc právní řád

²⁹³ § 83 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

²⁹⁴ MICHAL, Petr, *Evropská společnost – 2. část*, Právní rozhledy 3/2005, dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>> [cit. 17. října 2010].

²⁹⁵ PELIKÁNOVÁ, I., *Evropská akciová společnost a její význam pro české právo*, XIII. karlovarské právní dny, Linde, Praha 2003.

ČR neupravuje žádný strop pro odměny manažerů a díky tomu může SE se sídlem v ČR výhodnými nabídkami upoutat pozornost těch nejlepších na pracovním trhu. Nepřehlédnutelnou se také stala novela OZ č. 215/2009 Sb.,²⁹⁶ která změnila § 19c OZ tak, že sídlo společnosti zapsané do obchodního rejstříku již nemusí odpovídat skutečnému sídlu.²⁹⁷ Nařízení o SE vyžaduje pouze aby se skutečné sídlo nacházelo ve stejném státě jako sídlo zapsané.²⁹⁸ Další nepochybnou výhodou je existence možnosti použití formy akcií na majitele a nenáročná úprava participace zaměstnanců na řízení SE. Dalším zajímavým aspektem zakládání SE v české republice tkví v tom, že ČR dosud nepřistoupila ke společné měně Euro. Vzhledem ke kolísání směnných kursů se tak dá s časováním založení SE a jejím následným prodejem do zahraničí přijít na dodatečné marže ve výši několika tisíc Eur na každou založenou a ve správný čas prodanou SE.

Nedá se říci, že by zmíněné výhody byly k nalezení pouze v ČR, nicméně jejich koncentrace v našem právním řádu nám fakticky přináší ekonomickou výhodu a vítězství v soutěži právních řádů o sídlo SE.

Co se týče úpravy sídla, novela 215/2009 Sb. nebyla zcela důsledná a přinesla některé pochybnosti ve vztahu k úpravě místa podnikání vyjádřené v novelou netknutém § 2 odst. 3 ObchZ. ObchZ vyžaduje, aby zapsané místo podnikání fyzické osoby odpovídalo skutečnému místu podnikání. Vzniklá nerovnováha mezi možnostmi

²⁹⁶ Účinná od 20.7.2009.

²⁹⁷ Novela § 19c zcela vyškrtla požadavek, že “[s]ídlo musí být určeno adresou, kde právnická osoba sídlí skutečně, tedy místem, kde je umístěna její správa a kde se veřejnost může s právnickou osobou stýkat”.

Byla zachována pouze ochrana dobré víry, když nové znění § 19c odst. 3 OZ stanoví, že „[k]aždý se může dovolat skutečného sídla právnické osoby. Proti tomu, kdo se dovolá sídla zapsaného ve veřejném rejstříku, nemůže právnická osoba namítat, že má skutečné sídlo v jiném místě“.

Ochrana dobré víry byla zahrnuta i do původního znění § 19c OZ, nicméně navíc byl stanoven požadavek souladu skutečného a zapsaného sídla.

K nepřehlednosti novelizace § 19 OZ k netknutému § 2

²⁹⁸ Čl. 7 Nařízení o SE.

fiktivního sídla PO podle OZ a skutečným místem podnikání FO. Nerovnováha má dopad také na nejsanosti ohledně ochrany dobré víry třetích osob.²⁹⁹

Výhod spojených s užitím fiktivního sídla tak, jak je umožněno § 19c OZ lze využít pouze v rámci ČR. Není možné zapsat fiktivní sídlo v ČR a skutečné sídlo mít v jiném státě. Nařízení o SE totiž ve svém čl. 7 explicitně stanoví, že „*Sídlo SE se musí nacházet ve Společenství, ve stejném členském státě jako její správní ústředí. Členský stát může kromě toho uložit SE zapsané do rejstříku na jeho území povinnost mít své správní ústředí a sídlo na stejném místě*“

S výhodami umístění sídla SE v ČR úzce souvisí aktuální politická debata ohledně zrušení akcií na majitele v českém právním řádu. Ještě aktuálnější se zdá být omezení účasti akciových společností s akciemi na majitele ve veřejných zakázkách a koncesním řízení. Osobně mám za to, že zásahem do úpravy akcií na majitele se transakce nemusí zprůhlednit. Navíc, pokud budou zrušeny akcie na majitele, ČR přijde o jednu z posledních lákadel zahraničních investorů. V případě, že budou akcie na majitele zrušeny podobně jako např. ve Slovenské republice,³⁰⁰ lze použít jiný způsob jak zakrýt původ kapitálu ve společnosti.

Velice často využívaným způsobem zneprůhlednění korporátní struktury je vytvoření koncernových struktur. Vzhledem k možnostem tzv. daňové optimalizace lze umístit holdingovou společnost do daňového ráje, jakým je např. Kypr nebo Gibraltar.³⁰¹ Holdingová společnost může být společností se skrytou identitou společníků, např. právě skrz akcie na majitele. Lepší je, aby identita společníků byla

²⁹⁹ Blíže viz. PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Obchodní právo. 1. díl*, 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, str. 290.

³⁰⁰ § 156 odst. 2 zákona SR č. 513/1991 Zb. Obchodní zákoník stanoví pro akcie na majitele obligatorně zaknihovanou podobu. Tím, že na účtech vlastníků zaknihovaných cenných papírů je vždy uvedena osoba oprávněná z tohoto účtu, dochází k eliminaci problému s identifikací vlastníka cenného papíru.

§ 156 z.č. 513/1991 Zb.:

„(1) Akcia môže znieť na meno alebo na doručiteľa. Stanovy môžu založiť právo akcionárov na výmenu akcie na meno za akcie na doručiteľa a naopak.

(2) Akcia na meno môže byť vydaná ako listinná alebo zaknihovaná. Akcia na doručiteľa môže byť vydaná len ako zaknihovaná.“

³⁰¹ Za daňový ráj je v globálních obchodněprávních vodách považováno i Irsko a Nizozemí, viz. McKEE, L. David, GARNER, E. Don, McKEE, AbuAmara Yosra, *Offshore Financial Centers, Accounting Services and the Global Economy*, Quorum Books Westport, Connecticut London, str. 28.

alespoň zdánlivě známá, a tedy transparentní. V takových případech se mezi společnostmi a třetí osobou uzavírá tzv. Beneficiary contract, na základě kterého se společnost zavazuje plnit jakékoli příkazy této třetí osoby. Třetí osoba beneficiář obdrží veškerý zisk, lze dohodnout, že se nepodílí na ztrátě. Je až překvapivé jak jednoduchým způsobem dochází k zakládání neprůhledných off-shore společností. Zájemce obdrží krátkou formulářovou smlouvu, ve které si zaškrtnává políčka – Directors Yes/No, Shareholders Yes/No, Supervisory Board Yes/No, Seat Yes/No. Pokud investor zaškrtně všechna políčka, vedení společnosti se sice prodraží, nicméně jde o náklady, které mají svůj význam. Tím je ovládnutí naprosto netransparentní společnost, na oko důvěryhodná. Takto obslužená off shore společnost si založí v ČR dceřinou obchodní společnost, která si založí další dceřinou. Výsledkem je česká obchodní společnost, jejímž jediným společníkem je česká společnost. S trochou nadsázky lze říct, že obsahuje 100% čistého kapitálu.

Lze si představit obranné mechanismy proti účasti výše zmíněných netransparentních struktur, a to např. požadavkem předložení kompletní korporátní struktury společnosti. Je ale otázkou kam až lze v kontrole korporátních struktur zajít. Pokud do koncernových struktur zapojíme fyzické osoby, které se budou na činnosti podílet prostřednictvím dohod o tichém společenství, případně finanční toky budou zajištěny smluvně přes úvěry, dovolím si tvrdit, že původ kapitálu nepůjde nikdy přesně odhalit. S ohledem na výše uvedené uzavírám tím, že boj s akciemi na majitele je marný, ne-li škodlivý, jelikož původ kapitálu není možné nikdy plně odhalit

6.3 Evropská družstevní společnost

EDS je produktem více než desetileté snahy o „vytvoření jednotné evropské nadnárodní úpravy družstva“³⁰² a je upraveno zejm. Nařízením o EDS (z roku 2003), upravující základní otázky EDS, a Směrnicí o EDS, která upravuje zapojení zaměstnanců do EDS. V otázkách neupravených Nařízením o EDS se použije právní úprava družstev členského státu, ve kterém má družstvo zapsané sídlo. V České republice byl prováděcí předpis (ZEDS) přijat v roce 2006. Významným pramenem

³⁰² ELIÁŠ, K., POKORNÁ, J., DVOŘÁK, T. *Kurs obchodního práva. Obchodní společnosti a družstva*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 489.

úpravy EDS jsou také její stanovy, přičemž Nařízení o EDS stanoví v určitých případech přednost stanov před národními prováděcími předpisy.

EDS je forma, která obdobně jako EHZS nebude výrazněji používaná v akvizičních koncernových skupinách, k tomuto účelu je vhodná spíše SE. Základním účelem EDS je *„uspokojování potřeb jeho členů nebo rozvoj jejich hospodářských a sociálních činností, zejména uzavíráním smluv se členy na dodávky zboží či poskytování služeb nebo na provedení prací takového druhu, který [EDS] provádí nebo obstarává. Účelem [EDS] může být rovněž uspokojování potřeb jejich členů výše uvedeným způsobem prostřednictvím podpory jejich účasti na hospodářských činnostech v jedné nebo více [EDS] nebo vnitrostátních družstvech. [EDS] může svou činnost vykonávat prostřednictvím dceřiné společnosti.“*

EDS představuje do jisté míry přechod mezi EHZS a SE. EDS je oprávněno držet podíly v jiných společnostech, povinně vytváří základní kapitál (ten je variabilní stejně jako u družstva podle ObchZ je rozlišen zapsaný a skutečný základní kapitál) a rezervní fond. EDS je navíc právnickou osobou ve všech členských státech EU.³⁰³

Na rozdíl od SE, EDS nesmí, pokud není povoleno stanovami, poskytovat služby osobám, kteří nejsou členy EDS, ti jsou také dle nařízení vyjmuty z možnosti čerpat užitek z činnosti EDS a ani se nesmí účastnit činnosti na EDS.³⁰⁴ Stejně jako SE, lze i pro vnitřní strukturu EDS použít jak dualistický, tak i monistický systém.

Pohyb EDS v rámci EU je díky její evropské identitě značně usnadněn, stejně jako u SE i EHZS. Přemístěním sídla dojde ke změně subsidiárně aplikovatelného právního řádu.

Vzhledem k odlišnostem potřeb členů družstev od záležitostí k nimž jsou určeny primární orientaci EDS na své členy bude EDS použito pro záležitosti, ve kterých je zvláště úmysl individuálních osob sdružovat se za účelem uspokojování jejich ekonomických, sociálních a kulturních potřeb, formou společného vlastnictví podniku,

³⁰³ Čl. 1 odst. 5 Nařízení o EDS.

³⁰⁴ Čl. 1 odst. 4 Nařízení o EDS.

jehož řízení demokraticky závisí přímo na členech družstva. Jako jeden z možných skutečných účelů EDS je např. pomoc znevýhodněným skupinám fyzických osob.³⁰⁵

6.4 *European Private Company*

European Private Company (nebo také SPE) má být obdobou společnosti s ručením omezeným (s.r.o.). Návrh Komise o evropské s.r.o. je stále projednáván,³⁰⁶ stanoví, že společníci evropské s.r.o. ručí za své závazky jen do výše nesplacených vkladů. Minimální výše základního kapitálu je stanovena na 1 Euro. Podíly s.r.o. nejsou veřejně obchodovány. Statutární správa společnosti může být umístěna v jiném státě, než ve kterém se nachází sídlo zapsané ve stanovách.³⁰⁷ Sídlo společnosti může být přemístěno do jiného členského státu, aniž by musela být společnost před tím zrušena.³⁰⁸ Nezbytný je přeshraniční prvek společnosti, např. přeshraniční prvek podnikání nebo společníci z různých členských zemí.

Co se týče aplikovatelného práva, návrh stanoví, že „*ve věcech, na které se vztahuje Statut SPE, je vnitrostátní právo společností příslušné pouze tehdy, pokud je to v něm uvedeno. [...] Vnitrostátním právem se mají řídit věci, na které se nevztahuje nařízení ani stanovy SPE (v příloze I.). Týká se to zejména oblastí, které jsou mimo působnost práva společností, jako např. pracovní, insolvenční či daňové právo. Použitelným vnitrostátním právem je pak právo, které se vztahuje na společnost s ručením omezeným členského státu, v němž má SPE své sídlo.*“

Úprava European Private Company tedy upřednostňuje přístup inkorporační s mnoha nevýhodami s ní spojenými. Mezi ně lze zařadit možnost vyloučit zaměstnance ze spoluúčasti na řízení společnosti³⁰⁹ a další problémy týkající se účetnictví a

³⁰⁵ Viz. např. italská EDS s názvem ESCOOP <<http://www.escoop.eu/>>.

³⁰⁶ Průběh projednávání je popsán na internetu: <<http://www.europeanprivatecompany.eu/news/>>.

³⁰⁷ Článek 7 nařízení stanoví: „*An SPE shall have its registered office and its central administration or principal place of business in the Community. An SPE shall not be under any obligation to have its central administration or principal place of business in the Member State in which it has its registered office.*“

³⁰⁸ Jak již stanovil ESD v rozhodnutí Cartesio, bude při takovém přemístění sídla muset být změněno také právo, které by se aplikovalo na vnitřní otázky společnosti.

³⁰⁹ Účast zaměstnanců je dále popsána v MIŠŮR, Peter: *Návrh nařízení Rady o Statutu evropské soukromé společnosti byl vrácen k přepracování*. Obchodněprávní revue 3/2010, s. 84 [citace 13. března

obchodních rejstříků, jejichž publicita je sice sjednocená První směrnici, ale harmonizovaná úprava obchodních rejstříků v EU stále neexistuje. Vzhledem k potenciální možnosti obcházet vnitrostátní předpisy Návrh Komise o evropské s.r.o. nebyl podpořen členskými státy zastoupenými v legislativních orgánech EU³¹⁰ a v prosinci 2009 byla projednávána další, kompromisní verze návrhu. Ta opět nenašla potřebnou podporu, přičemž Rada rozhodla, že na návrhu je nutno dále pracovat. Zdálo by se, že k přijetí nařízení již mnoho nezbývá, „[p]okud abstrahujeme od připomínek zpřesňujících revidovaný text návrhu nařízení v návaznosti na Lisabonskou smlouvu, tak vlastních pozměňujících, resp. nesouhlasných vyjádření některých členských států je pouze pár; soustřeďují se zejména do oblasti míry použití vnitro-státního práva a účasti zaměstnanců při zakládání SPE, čili jde o otázky zásadní, nicméně obsáhle diskutované a řešitelné.“³¹¹

Přijetí dlouho očekávaného nařízení je ale fakticky zpomaleno z důvodů politických změn v souvislosti s přijetím Lisabonské smlouvy.³¹² Zdá se, že přijetí nařízení upravujícího European Private Company není prioritou dne a bude znovu projednáváno až opadne pracovní vytížení orgánů EU na prioritnějších záležitostech.

2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>. „[O]tázka účasti zaměstnanců v SPE, která v současnosti existuje v rámci malých společností pouze v několika zemích EU (např. ve Švédsku a Dánsku). Obecná zásada, odvozená pro účely nařízení ze směrnice o přeshraničních fúzích (č. 2005/56/ES), je, že na SPE se vztahují pravidla týkající se účasti zaměstnanců členského státu, v němž má sídlo.“

³¹⁰ NEUBAUER, Radim, *Evropská soukromá společnost – analýza problematických bodů navrhované právní úpravy*, Ad Notam 2/2009, s. 52. [citace 13. března 2010] Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³¹¹ MIŠŮR, Peter: *Návrh nařízení Rady o Statutu evropské soukromé společnosti byl vrácen k přepracování*. Obchodněprávní revue 3/2010, s. 84 [citace 13. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³¹² „Lisabonská smlouva, kterou se mění Smlouva o Evropské unii a Smlouva o založení Evropského společenství, byla podepsána dne 13. prosince 2007 v portugalském hlavním městě zástupci dvaceti sedmi členských států. Po ratifikaci všemi členskými státy vstoupila tato smlouva dne 1. prosince 2009 v platnost.“, viz. <<http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=cs>>, [cit. 17. října 2010]

7. Volný pohyb subjektů kolektivního investování

Právo svobodného usazování obchodních společností se promítá i do oblasti kolektivního investování. Volný pohyb umožňuje zúčastněným subjektům výběr z právních řádů v rámci EU. V minulosti se velmi oblíbeným místem pro zakládání obchodních společností zabývajících se fondovým hospodařením stalo Lucembursko. Volnost pohybu je v případě kolektivního investování je zaručena směrnicemi, a to zejm. MiFID a UCITS, jejichž novelizace jsou průběžně implementovány do českého práva, zejm. do ZKI.

7.1 Charakteristika subjektů kolektivního investování

Z pohledu právní úpravy České republiky jsou subjektem kolektivního investování investiční společnosti a investiční fondy. Obě tyto struktury jsou právními osobami – jsou povinně akciovými společnostmi a mají právní subjektivitu.

Zatímco investiční fond nabízí své služby zákazníkům přímo, investiční společnost používá pro shromažďování a obhospodařování prostředků od veřejnosti oddělené účetní jednotky – podílové fondy.

Podílový fond je tvořen majetkem, který shromažďuje investiční společnost vydáváním podílových listů. Vlastníkům podílových listů náleží majetek shromážděný v podílovém fondu, investiční společnost není vlastníkem tohoto majetku a pouze jej obhospodařuje svým jménem na účet podílníků.³¹³

Podílové fondy se dělí na otevřené a uzavřené. Základní rozdíly mezi otevřenými a uzavřenými podílovými fondy uvádí následující tabulka:³¹⁴

³¹³ § 6 a 7 ZKI.

³¹⁴ Viz. také BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M., KOTÁB, P., MARKOVÁ, H. a kol. *Finanční právo*. 5. upravené vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 458 a 459.

	otevřený podílový fond	uzavřený podílový fond
doba trvání fondu	neurčitá	určitá
odkup listu emitentem	ano	ne
prodej na sekundárním trhu	ano	ano
počet emitovaných listů	mění se	nemění se
cena při koupi listu	vypočítá emitent	primární trh – emitent sekundární trh – trh
jednotná regulace EU	částečně ano	ne

7.2 Volný pohyb investičních společností a investičních fondů

Obecně pro volný pohyb investičních společností a investičních fondů platí to, co bylo obecně vyloženo vztahu k volnému pohybu obchodních společností.

Zahraniční investiční společnost může podnikat v České republice pomocí organizační složky. Podle § 60 ZKI udělí ČNB povolení k činnosti investiční společnosti pouze akciové společnosti se skutečným sídlem v České republice.³¹⁵ Tak bude muset být činnost organizační složky omezena na služby doplňkového charakteru, jakými jsou např. ohlašovací živnosti „zprostředkovatelská činnost v oblasti obchodu a služeb“ a „činnost podnikatelských, finančních, organizačních a ekonomických poradců“.

Pokud bude chtít zahraniční investiční společnost zakládat fondy v České republice, bude si muset za tímto účelem založit dceřinou akciovou společnost se sídlem v České republice. S výhradou splnění dalších podmínek, jako je např. průhlednost a nezávadnost původu základního kapitálu, nejsou k získání povolení k činnosti kladeny žádné další restriktivní podmínky.

³¹⁵ § 60 odst. 1 písm.b).

7.3 Volný pohyb investičních fondů

Fondy lze dělit na standardní a speciální. Z nich pouze standardní podléhají jednotné regulaci ze strany EU, která je vyvážená benefitem volného pohybu vyplývajícího z UCITS směrnice, vztahuje se na ně zásada tzv. „jednotného pasu EU“.³¹⁶

Standardním fondem může být pouze otevřený podílový fond. Pouze otevřené podílové fondy se tedy těší volnému pohybu po EU. Investiční společnost je může veřejně nabízet (nikoliv však zakládat) v jakémkoliv členském státu. Standardní fondy podléhají regulaci, týkající se diverzifikace portfolia vzhledem k zásadám rozložení rizika.³¹⁷ Pravidla týkající se nakládání s majetkem podílového fondu jsou stanovena v § 27 a násl. ZKI. Tak např. investiční cenné papíry jednoho emitenta mohou tvořit pouze 5% portfolia,³¹⁸ přičemž z uvedeného pravidla jsou uvedeny mnohé výjimky.

Speciální podílové fondy nejsou nadány svobodou pohybu a veřejně nabízet mimo stát ve kterém byly založeny je lze pouze na základě povolení místního dohlédového orgánu, kterým je v České republice ČNB.³¹⁹ Omezení pohybu speciálních fondů ale nebrání tomu, aby investor sám aktivně sledoval dění na zahraničních trzích a investoval na základě vlastního uvážení. Tímto ale investor vstupuje do cizích právních řádů a zvyšuje riziko nepochopení právních konsekvencí, které na něj mohou dopadnout.³²⁰

³¹⁶ BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M., KOTÁB, P., MARKOVÁ, H. a kol. *Finanční právo*. 5. upravené vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 459.

³¹⁷ BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M., KOTÁB, P., MARKOVÁ, H. a kol. *Finanční právo*. 5. upravené vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 459.

³¹⁸ § 28 odst. 1 ZKI.

³¹⁹ Podle § 58 odst. 1 zahraniční speciální fond může v České republice veřejně nabízet cenné papíry pouze za podmínky, že mj. získal povolení ČNB. Podmínky dohledových orgánů týkající se vpuštění speciálních fondů na domácí trhy se mohou v každém státě lišit.

³²⁰ Takové riziko by mohlo tvořit součást souhrnného pojmu „systematické riziko“, které tvoří jednu z mnoha veličin braných v potaz při analýze investiční příležitosti. Systematické riziko je obecně pojem zahrnující rizika související se státem, ve kterém se investice nachází, jde o politické, makroekonomické a geografické charakteristiky, které by mohly ovlivnit výnosnost investice.

Speciální fondy mohou být uzavřené nebo otevřené, míra regulace závisí na subjektu, kterému bude podílový fond nabízen. Speciální fondy mohou být nabízeny veřejnosti nebo omezenému počtu subjektů – tzv. kvalifikovaným investorům.³²¹

Druhy speciálních fondů jsou podle ZKI (i) speciální fond cenných papírů, (ii) speciální fond fondů, (iii) speciální fond nemovitostí a (iv) speciální fond kvalifikovaných investorů.

7.4 Novelý UCITS směrnice zvyšují pohyb fondů

Směrnice UCITS sice představovala významný pokrok v rámci přeshraničního nabízení služeb kolektivního investování, nicméně obsahovala i některé nedostatky, spočívající zejména ve faktických překážkách pohybu fondů vzhledem k příliš rozdílné regulaci jednotlivými členskými státy. V roce 1985 byl předložen návrh nové směrnice, známé jako UCITS II, tento ambiciózní návrh ale nebyl přijat.

Až v roce 2002 byl režim novelizován přijetím UCITS III, což je režim složený ze dvou směrnic. První obecně známá jako „Management directive“ a druhá jako „Product directive“.³²² Management directive se soustřeďuje na úpravu investičních společností, hlavním principem je zavedení ochranných prvků a zjednodušení administrativy použitím tzv. zjednodušeného statutu. Produktová směrnice upravila rozsah aktiv, do kterých může investiční společnost vkládat prostředky fondu a mj. povolila investice standardních fondů do derivátů. Režim UCITS III byl do českého právního řádu implementován a je účinný v datu uzavření rukopisu této rigorózní práce.

V roce 2009 přijata další novelizace směrnice, UCITS IV. Ta přináší některé změny významné pro volný pohyb fondů, o těchto změnách je podnáno níže. V současné době probíhá legislativní proces transpozice UCITS IV do českého právního

³²¹ Kvalifikovaným investorem je podle § 56 odst. 1 ZKI mj. bez dalšího „*právnícká nebo fyzická osoba, která písemně prohlásí, že má zkušenosti s obchodováním s cennými papíry.*“

³²² Viz. informace obsažené na <www.ucits.org>, [dat. cit. 17. října 2010].

řádu, byl již vypracován vládní návrh novely ZKI.³²³ Termín transpozice je podle směrnice nejpozději do července 2011.

Hlavní změny, které budou v souvislosti s UCITS IV do českého právního řádu implementovány jsou uvedeny níže.

7.4.1 Jednotný přeshraniční management fondů

UCITS IV přináší možnost přeshraničního obhospodařování fondu investiční společností. Před UCITS IV bylo sice možno nabízet licencované standardní fondy i v jiných zemích než ve kterých byly založeny, na druhou stranu ale nebylo možné získat licenci pro fond v jiném státě, než ve kterém měla investiční společnost své skutečné sídlo. S UCITS IV bude moci investiční společnost licencovat přímo fondy i v jiných členských státech EU. Tato inovace přináší úspory do správy fondů a navíc by měla podstatně zvýšit konkurenci právních řádů. V situaci, kdy bude možno fondy spravovat pouze z jednoho, kteréhokoliv státu EU, asset manažéři si budou moci vybrat právní řád pro ně regulatorněji nejvýhodnější. Navíc kvůli snížení nákladů na management fondů bude zakládáno více fondů v různých zemích. Jejich větší počet zvýší konkurenci na trhu kolektivního investování a výhody, které zvýšená konkurence přinese bude čerpat investor, často v postavení spotřebitele.

7.4.2 Přeshraniční přeměny fondů

Nástrojem větší konsolidace se stanou přeshraniční přeměny fondů. Jelikož samotné fondy nemají právní subjektivitu, půjde pouze o účetní operaci. Podle právní úpravy před UCITS IV žádné přeměny fondů nejsou možné. V úvahu pouze přichází zrušení jednoho fondu a založení jiného, přičemž investorům by jejich podílové listy byly vyměněny. UCITS IV oproti tomu umožní mnohem rychlejší pohyb majetku. Lze očekávat, že po implementaci přeměn fondů podle UCITS IV dojde k masivním přeměnám a tedy přenesení majetku do jurisdikcí poskytujícím fondovému hospodářství nejvýhodnější daňové a regulatorní podmínky.

³²³ K procesu transpozice viz. webové stránky Ministerstva financí České republiky <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/kap_trh_eu_56903.html>.

Na přeshraničních přeměnách fondů lze pozorovat vyvinutou podobu hospodářské spolupráce mezi členskými státy EU. Fakticky dojde k převodu kapitálu, úspor domácností, vkladů penzijních fondů a pohledávek ze státních dluhopisů do jiných členských států. Takový dopad se samozřejmě nemůže zamlouvat státům ze kterých bude majetek takto legálně vyveden.³²⁴ Na druhou stranu bude velice výhodný např. pro Lucembursko, které se kvůli své unikátní legislativě stalo „Asset management“ velmocí a její HDP je nejvyšší v EU.³²⁵

7.4.3 *Master-feeder fondy*

Master-feeder je označení pro situaci, kdy prostředky shromážděné standardním fondem od široké investorské veřejnosti jsou převedeny do nadřazeného, tzv. master fondu, který se může nalézat i v jiném členském státě. Označení feeder fondu se používá pro fond, který shromažďuje peněžní prostředky a odvádí je do nadřazeného master fondu. Podle UCITS IV může být takto převedeno až 85 % majetku feeder fondu.

Na úrovni master fondů bude probíhat investiční politika a na master fond bude dopadat regulace diverzifikace portfolia. Mezi master fondem a feeder fondem předpokládá směrnice výměnu informací. *„Master a budoucí feeder fond musí ještě před udělením povolení k vytvoření struktury uzavřít smlouvu o výměně informací, jíž se master fond zaváže sdělovat podstatné informace o své investiční politice a rozhodnutích, a zasílá feeder fondu důležité dokumenty jako aktuální verzi statutu, klíčové informace pro investory a podobně.“*³²⁶

Do doby než bude implementovaná UCITS IV, se dají pro obdobné účely použít fondy fondů. Ty jsou však pouze fondy speciálního typu a nepodléhají jednotné regulaci EU ani svobodě pohybu. Navíc fondy fondů fungují na jiné myšlence. Fond

³²⁴ Dopady budou zejména makroekonomického rázu, výrazné budou zejm. v zemích, které stále nepřijaly společnou měnu Euro. Odliv domácího kapitálu bude tvořit jednu ze složek tlačící na depreciaci Koruny vůči Euro. Nicméně není to jediný faktor ovlivňující kurzovou relaci, a celkově se spíše očekává několikaleté stabilní posilování Koruny vůči Euro.

³²⁵ Do Lucemburska navíc dojíždí za prací mnoho cizinců, a to napomáhá některým výpočtům výkonnosti ekonomiky v poměru na domácí obyvatele.

³²⁶ FROLÍK, Martin, HOLEŠ, Stanislav. *K hlavním změnám nové právní úpravy kolektivního investování v komunitárním právu*. Obchodněprávní revue 3/2010. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

fondů pouze investuje prostředky shromážděné od veřejnosti tím, že nakoupí podílové listy jiného investičního fondu.

Nynější standardní fondy mohou investovat svůj majetek do cenných papírů vydaných jiným standardním fondem nebo speciálním fondem, ale pouze za podmínky, že taková investice do jiného jednoho fondu nepřekročí 20% hodnoty majetku fondu.³²⁷ Vzhledem k zavedení master-feeder bude možno převést až 85% majetku. Na druhou stranu, směrnice UCITS IV zamezuje „řetězení struktur a kaskádovému efektu tím, že zakazuje master fondu investovat do cenných papírů feeder fondů nebo jiných master fondů“.³²⁸

Ve fondech fondů není možné přelévát kapitál tak často a efektivně jako v master feeder fondech. Navíc každý fond fondů musí mít své vlastní portfolio, takže v případě že investiční společnost má 10 fondů, musí pro každý z nich vytvořit samostatnou investiční strategii a rozložení aktiv.

Master-feeder struktury umožní tzv. cash-pooling, tj. centrální správu majetku, přičemž podřízené fondy mohou mít různou strukturu a budou umístěny do různých jurisdikcí. Vzniklá situace výrazně napomůže daňové optimalizaci kolektivního investování. Lze opět vyzdvihnout zvýšení konkurence právních řádů mezi sebou a s tím vzniklého přeskupování kapitálu mezi členskými státy EU.

Praktické výhody spočívají zejména ve zjednodušení mezinárodního investování a zvýšení flexibility pro investiční společnosti. Vzhledem ke struktuře master-feeder dojde ke spojení více menších portfolií do jednoho. Soustředění aktiv do jednoho portfolia eliminuje možné obchody více spřízněných fondů mezi sebou, a tedy sníží se náklady a zprůhlední hospodaření s majetkem.

Je možné, že prostředky master fondu budou zapojeny do transakce, ve které bude využit i dluhový kapitál ve formě bankovních úvěrů. V takovém případě banky

³²⁷ § 30 odst. 1 ZKI.

³²⁸ FROLÍK, Martin, HOLEŠ, Stanislav. *K hlavním změnám nové právní úpravy kolektivního investování v komunitárním právu*. Obchodněprávní revue 3/2010. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

raději poskytnou úvěr společnosti, jenž získává kapitál přehledně od jednoho silného fondu než od více různých fondů.

Mezi další výhody master feeder fondů patří skutečnost, že je možné kdykoliv připojit nový feeder fond a tak doplnit majetek master fondu novými vklady, a to vše bez nutnosti vytváření nového diverzifikovaného portfolia.

Struktura master-feeder není ve světě mezinárodních investic ničím novým. Běžně se využívá pro daňovou optimalizaci investic, kdy některé feeder fondy jsou umístěny v daňových rájích a některé další ve více regulovaných zemích.

V EU je ale master feeder novinkou a lze věřit, že značně přispěje ke zvýšení konkurenceschopnosti EU na světových trzích.

8. Další dopady svobody usazování na legislativu EU a ČR

Jak je vidno, od dob Daily Mail dochází k dynamickému vývoji svobody usazování, stále vychází nová rozhodnutí SDEU a právo evropských obchodních společností se dynamicky rozvíjí. Na základě rozhodnutí SDEU a práva EU se také mění národní legislativa členských států. V ČR byl jedním z odrazů judikatury SDEU zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev.

Otázkou zůstává, zda judikatura SDEU zaměřena na teorii sídla bude mít vliv i na vztahy s nečlenskými zeměmi. Je na jednotlivých státech zastávajících teorii sídla (zejm. Francie, Německo, Portugalsko, Polsko, Rakousko, Rumunsko, Španělsko), aby zvážily, zda budou i nadále aplikovat důsledně teorii sídla se všemi restrikcemi alespoň vůči státům mimo EU.³²⁹ Německá právní věda v tomto ohledu odkazuje na rozhodnutí německého nejvyššího soudu z 29. ledna 2003, kdy byla uznána subjektivita společnosti inkorporované a zapsané na Floridě, se skutečným sídlem v Německu, přičemž použitý právní základ („*Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of October 29, 1954, between the United States and the Federal Republic of Germany*“) nebyl zcela jasně k tomuto závěru dostatečný. Zdá se, že se německý soud interpretačně přikolínal k inkorporačnímu principu (rozdílně viz. *Überseering* výše). Dále soud uzavřel, že stejný závěr je aplikovatelný na kteroukoliv společnost inkorporovanou v USA, včetně delawarských společností.³³⁰

8.1 Čtrnáctá směrnice očekávána

Návrh finálního znění 14. směrnice je již delší dobou netrpělivě očekáván. Ta měla potvrdit judikaturu SDEU a zanést jeho závěry do směrnice, jež by pak musela být transponována do právních řádů členských států. Tímto by se mohly odstranit mnohé neshody jednotlivých států, a to zejm. v úpravě přenesení sídla v rámci EU za podmínky

³²⁹ EBKE, F. Erner. *The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond*. The International Lawyer 38/2004, s. 845 [cit. 10. února 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

³³⁰ EBKE, F. Erner. *The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond*. The International Lawyer 38/2004, s. 846 [cit. 10. února 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

změny rozhodného práva na právo členského státu nového sídla.³³¹ Cílem čtrnácté směrnice je mj. „možnost snadného a rychlého přemístění sídla podnikání bez nutnosti předchozího zrušení a opětovného založení společnosti [...]“.³³²

K situaci ohledně přijetí 14. směrnice je ale nutno, stejně jako u European Private Company, poukázat na zdržení legislativního procesu z důvodu vytížení legislativních orgánů v souvislosti s přijetím Lisaboncké smlouvy (viz. výše). Nezbyvá tedy než čekat.

8.2 ČR přijala zákon o přeměnách

Reakcí české legislativy na dění ve sférách přeshraničních působení společností byl ZoP. I přes to, že nový zákon bývá kritizován,³³³ přináší mnoho pozitivních aspektů a změn původní úpravy obsažené v ObchZ.

ZoP byl právním předpisem se zájmem očekávaný jak odbornou tak i právně-laickou veřejností. ZoP měl upravit mj. přeshraniční fúze společnosti, které tak měly zjednodušit pohyb kapitálu a mezinárodní podnikání jako takové. Pokud chtěl zahraniční subjekt před účinností ZoP fúzovat s českou společností, musel před tím založit na území ČR novou společnost. Takový postup byl neekonomický, zvyšoval náklady vynaložené na poradenské společnosti. Navíc taková restrikce nebyla v souladu se svobodou usazování.³³⁴

ZoP implementuje do českého právního řádu Třetí, Šestou a Desátou komunitární směrnici. Dále by měl být ZoP v souladu s judikaturou SDEU, a to zejm. s rozhodnutím SEVIC, který rozhodl, že přeshraniční fúze spadají pod rozsah svobody usazování ve smyslu čl. 49 a 54 SFEU.

³³¹ Paola Spoladore, Pavel Koukal. *Přemístění sídla obchodní společnosti v rámci vnitřního trhu ES*. Právní rádce 12/2004, s. 37 [cit. 25. října 2009]. Dostupný na internetu <<http://pravniciradce.ihned.cz/c1-15370710-premisteni-sidla-obchodni-spolecnosti-v-ramci-vnitriho-trhu-es>>.

³³² NEUBAUER, Radim, *Evropská soukromá společnost – analýza problematických bodů navrhované právní úpravy*, Ad Notam 2/2009, s. 52 [citace 13. března 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³³³ DĚDIČ, Jan. *Problémy nového zákona o přeměnách*. Právní zpravodaj 7/2008, s. 6 [cit. 12. prosince 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³³⁴ HRSTKOVÁ, Julie. *Hranice nebudou překážkou*. Ekonom 29/2007, s. 36. Dostupný na internetu <<http://www.anopress.cz>>.

Objevují se názory, že ZoP není zcela v souladu s judikaturou SDEU, když neupravuje dostatečným způsobem přeshraniční reorganizaci obchodních společností.³³⁵

Jan Dědič také kritizuje nedostatečnou možnost provádět přeshraniční přeměny, které by měly být umožněny na základě judikatury SDEU, a to zejm. rozhodnutím SEVIC. Jelikož je předmět přeměn s cizím prvkem omezen pouze na fúze nebo převzetí jmění, přičemž chybí úprava přeshraničního rozdělení, zdá se být v tomto ohledu ZoP v rozporu s judikaturou SDEU.³³⁶

I přes zmíněné nedostatky má ZoP pozitivní vliv na podnikatelský sektor. Mobilita obchodních společností a družstev se zajisté s přijetím ZoP zvýšila.

³³⁵ LASÁK, Jan. *Tanec v temnotách (Svoboda usazování ve smyslu čl. 43 a 48 SES a přeshraniční fúze národních obchodních společností)*. Obchodněprávní revue 4/2009, s. 91 [cit. 22. února 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

³³⁶ DĚDIČ, Jan. *Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podařená“ dekodifikace obchodního zákoníku*. Právní zpravodaj 7/2008, s. 1 [cit. 23. února 2010]. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

Závěr

Svoboda usazování a její vývoj v prostředí EU vyvolaly rozsáhlé diskuze, které stále neutichají. Z textu rigorózní práce je zřejmá autorova podpora inkorporačního principu a liberalizace trhu.

Zastoupení států prosazující teorii sídla a inkorporační přístup je rovnoměrné. Judikatura SDEU prosazuje spíše inkorporační přístup, přičemž ten je nadále omezován tak, aby jeho negativní vlastnosti neohrozily veřejný pořádek v jednotlivých zemích EU. SDEU poměrně stabilně prosazuje inkorporační princip, přičemž jen opatrně formuluje výjimky z neomezené svobody usazování společností.

Mimo rozhodovací činnost SDEU jsou proti použití inkorporačního principu zejména státy, kterým hrozí nadměrný odliv kapitálu do zahraničí. Podporu inkorporačního principu nalezneme u transakčně laděných podnikatelů a jejich právních poradců.

Co se týče legislativního vývoje, stále se můžeme těšit na nové předpisy sjednocující právní řády členských států EU. Nedá se předpokládat, že by soutěž právních řádů vypukla v takové intenzitě a se stejnými důsledky jako soutěž právních řádů v USA.

Z posledního politického vývoje vidíme dva přístupy. Prvním je regulovat a druhým ponechat volnou ruku trhu. Tradičním regulatorním přístupem se může pyšnit Německo, přitom Anglie je zastáncem liberálního uvolňování trhu. Nynější situace, kdy odeznívá globální krize argumentačně nahrává regulátorům pohybu společností.

Autor se domnívá, že jediný správný přístup je setrvání v liberalizačních tendencích, přičemž pouze liberalizace svobody usazování může vést k trvalému zkvalitňování právní úpravy, a tak i ekonomického blahobytu v jednotlivých zemích. Nicméně z důvodu potřeby dosáhnout politického konsensu, bude nutno přistoupit ke kompromisnímu řešení a přece jen ve svobodě usazování částečná omezení připustit.

EU nabízí díky inkorporačnímu principu mnohé zajímavé produkty, a to zejména s novelizacemi směrnice UCITS. Členské státy by měly brát legislativní vývoj

jako výzvu. S legislativním snažením v České republice bychom neměli vždy čekat, až jak to promítnou v Německu, Francii či Lucembursku. Česká republika má svůj vlastní svébytný řád a pokud se zkvalitní a zliberalizuje právní úprava, s úměrností na rychlosti legislativního procesu, by se mohla stát významným hráčem na evropském kapitálovém trhu. Česká republika má velký potenciál a díky své účasti v EU ho nyní může využít.

Seznam zkratek

<i>Bruselská úmluva</i>	Bruselská úmluva o pravomoci soudů a uznání a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních. V anglickém znění dostupná na internetu < http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41968A0927%2801%29&model=guichett >
<i>Cadbury Schweppes</i>	Rozsudek SDEU ze dne 12. září 2006 ve věci C-196/04, <i>Cadbury Schweppes plc a Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue</i> . Dostupný na internetu < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0196:CS:HTML >. Anglické znění dostupné na < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0196:EN:HTML >
<i>Cartesio</i>	Rozhodnutí SDEU ze dne 16. 12. 2008 ve věci C-210/06 <i>Cartesio Oktató és Szolgáltató bt</i> . Dostupný na internetu < http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=cs&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=C-210/06&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher >
<i>Centros</i>	Rozsudek SDEU ze dne 9. 3. 1999 ve věci C-212/97, <i>Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen</i> . V anglickém znění dostupný na internetu < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0212:EN:HTML >
<i>ČNB</i>	Česká národní banka
<i>ČR</i>	Česká republika
<i>Daily Mail</i>	Rozsudek SDEU ze dne 27. 9. 1988 ve věci C-1/87, <i>the Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily</i>

Mail and General Trust plc. V anglickém znění dostupný na
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0081:EN:HTML>>

<i>Druhá směrnice</i>	Směrnice Rady č. 77/91/EHS o koordinaci ochranných opatření, která jsou na ochranu zájmů společníků a třetích osob vyžadována v členských státech od společností ve smyslu čl. 58 druhého pododstavce SES, při zakládání akciových společností a při udržování a změně jejich základního kapitálu za účelem dosažení rovnocennosti těchto opatření, ve znění zejména směrnice Rady č. 92/101/EHS
<i>Desátá směrnice</i>	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností
<i>Dvanáctá směrnice</i>	Směrnice Rady č. 89/667/EHS v oblasti práva společností o společnostech s ručením omezeným s jediným společníkem
<i>EDS</i>	Evropská družstevní společnost
<i>EHZS</i>	Evropské hospodářské zájmové sdružení
<i>ES</i>	Evropská společenství
<i>SDEU</i>	Soudní dvůr Evropské unie
<i>ETUI</i>	European Trade Union Institute < http://www.worker-participation.eu/European-Company/SE-COMPANIES-News/Facts-and-Figures >
<i>EU</i>	Evropská Unie
<i>FO</i>	fyzická osoba
<i>Francovich</i>	Rozsudek SDEU ze dne 19.11.1991 ve spojených věcech 6/90 Andrea Francovich a 9/90 Danila Bonifaci v. Italská republika; překlad v TICHÝ, Luboš a kol., <i>Dokumenty ke studiu evropského práva, 3. přepracované vydání, Linde 2006</i> , str. 473 a násl.

<i>Hughes de Lasteyrie</i>	Rozsudek SDEU ze dne 19.12.2006 ve věci C-9/02, <i>Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie</i> . V anglickém znění dostupný na internetu < http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=cs&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=C-9/02&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher >
<i>Inspire Art</i>	Rozsudek SDEU ze dne 30. 9. 2003 ve věci C-167/01, <i>Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.</i> V anglickém znění dostupný na internetu < http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=C-167/01&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher >
<i>Komise</i>	Evropská komise
<i>Köbler</i>	Rozsudek SDEU ze dne 30.9.2003 ve věci C-224/01 Gerhard Köbler v Rakouská republika; překlad v TICHÝ, Luboš a kol., <i>Dokumenty ke studiu evropského práva, 3. přepracované vydání, Linde 2006</i> , str. 481 a násl.
<i>Kraakman</i>	Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock, The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, Oxford University Press
<i>Lisabonská smlouva</i>	Lisabonská smlouva, pozměňující Smlouvu o Evropské Unii a Smlouvu o založení Evropského společenství (2007/C 306/01), podepsaná dne 13. prosince 2007 zástupci dvaceti sedmi členskými státy, která vstoupila v účinnost po ratifikaci všemi členskými státy EU dne 1. prosince 2009

<i>Master-feeder</i>	Struktura fondů kolektivního investování, která umožňuje převod finančních prostředků z podřízených fondů na jeden nadřízený fond, který prostředky investuje
<i>MiFID</i>	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, o změně směrnice Rady 85/611/EHS a 93/6/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/12/ES a o zrušení směrnice Rady 93/22/EHS
<i>Modelová smlouva OECD</i>	Modelová smlouva o zamezení dvojího zdanění příjmů a majetku vypracovaná Organizací pro ekonomickou spolupráci a rozvoj
<i>Nařízení o EHZS</i>	Nařízení Rady č. 2137/85 o vytvoření evropského hospodářského zájmového sdružení
<i>Nařízení o úpadku</i>	Nařízení Rady č. 1346/2000 ze dne 29. května 2000 o úpadkovém řízení
<i>Nařízení o EDS</i>	Nařízení Rady č. 1453/2003 ze dne 22.7.2003, o statutu evropské družstevní společnosti
<i>Nařízení o SE</i>	Nařízení Rady č. 2157/2001 o statutu evropské společnosti (SE)
<i>Návrh Komise o evropské s.r.o.</i>	Návrh Evropské komise týkající se nařízení o statutu evropské soukromé společnosti (European Private Company, Societas Privata Europaea, „SPE“). V anglické verzi dostupný na < http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/SPE_en.pdf >.
<i>NS</i>	Nejvyšší soud České republiky
<i>NYBCL</i>	New York Business Corporation Law
<i>ObchZ</i>	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění.
<i>OSŘ</i>	Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v platném znění
<i>OZ</i>	Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník v platném znění.

<i>Peters v. ZNAV</i>	Rozhodnutí SDEU ze dne 22.3.1983 ve věci C-34/82 <i>Peters v ZNAV</i> , ECR 987
<i>PO</i>	právnícká osoba
<i>Powell Duffryn</i>	Rozsudek SDEU ze dne 10.3.1992, ve věci C-214/89, <i>Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit</i>
<i>První směrnice</i>	Směrnice Rady č. 68/151/EHS o koordinaci ochranných opatření, která jsou na ochranu zájmu společníků a třetích osob vyžadována v členských státech od společností ve smyslu čl. 58 druhého pododstavce SES, za účelem dosažení rovnocennosti těchto opatření, ve znění zejména směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2003/58/ES.
<i>SE</i>	Evropská společnost (Societas Europea)
<i>SES</i>	Smlouva o založení Evropských společenství ve znění před účinností SFEU
<i>Sevic</i>	Rozsudek SDEU ze dne 13. 12. 2005 ve věci C-411/2003, <i>SEVIC Systems AG</i>
<i>SFEU</i>	Smlouva o fungování Evropské unie, konsolidovaná verze zveřejněná v Úředním věstníku 2008/C 115/01 ze dne 9. května 2008
<i>Směrnice 2004/38/ES</i>	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004 o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, o změně nařízení (EHS) č. 1612/68 a o zrušení směrnic 64/221/EHS, 68/360/EHS, 72/194/EHS, 73/148/EHS, 75/34/EHS, 75/35/EHS, 90/364/EHS, 90/365/EHS a 93/96/EHS
<i>Směrnice o EDS</i>	Směrnice Rady č. 2003/72 ze dne 22.7.2003, kterou se upravuje zapojení zaměstnanců do záležitostí evropské družstevní společnosti
<i>Směrnice o SE</i>	Směrnice Rady 2001/86/ES, kterou se doplňuje statut evropské společnosti s ohledem na zapojení zaměstnanců
<i>SPV</i>	Special purpose vehicle

<i>SPS</i>	Soud prvního stupně Evropských společenství
<i>SR</i>	Slovenská republika
<i>Šestá směrnice</i>	Směrnice Rady č. 82/891/EHS, o rozdělení akciových společností
<i>Transparenční směrnice</i>	Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/109/ES, ze dne 15. prosince 2004, o harmonizaci požadavků na průhlednost týkajících se informací o emitentech, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu, a o změně směrnice 2001/34/ES
<i>Třetí směrnice</i>	Směrnice Rady 78/855/EHS, o fúzích akciových společností
<i>Ta-luft</i>	Rozsudek SDEU ze dne 5.11.2002 ve věci C-361/88, Komise v. Spolková republika Německo, z 30.5.1991; překlad v TICHÝ, Luboš a kol., <i>Dokumenty ke studiu evropského práva, 3. přepracované vydání, Linde 2006</i> , str. 470 a násl.
<i>UCITS</i>	Směrnice Rady č. 85/611/EHS ze dne 20. prosince 1985 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů
<i>UCITS III</i>	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/107/ES ze dne 21. ledna 2002, kterou se mění směrnice Rady 85/611/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů („Management directive“); a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/108/ES ze dne 21. ledna 2002, kterou se mění směrnice Rady 85/611/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů („Product directive“)
<i>UCITS IV</i>	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů
<i>Überseering</i>	Rozsudek SDEU ze dne 5. 11. 2002 ve věci C-208/00, <i>Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH</i> . Dostupný na internetu < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0208 :>

CS:HTML>

<i>ZCP</i>	Zákon č. 591/1992 Sb., o cenných papírech
<i>ZEDS</i>	Zákon č. 307/2006 Sb., o evropské družstevní společnosti
<i>ZEHZS</i>	Zákon č. 360/2004 Sb., o Evropském hospodářském zájmovém sdružení
<i>ZKI</i>	Zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování
<i>ZSE</i>	Zákon č. 627/2004 Sb., o evropské společnosti
<i>ZMO</i>	Zákon č. 101/1963 Sb., o právních vztazích v mezinárodním obchodním styku
<i>ZMPS</i>	Zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním
<i>ZNP</i>	Zákon č. 104/2008 Sb., o nabídkách převzetí
<i>ZoDP</i>	Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů
<i>ZoP</i>	Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev
<i>ZOVM</i>	Zákon č. 38/1994 Sb., o zahraničním obchodu s vojenským materiálem a o doplnění zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon
<i>ZPKT</i>	Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu
<i>ZPoj</i>	Zákon č. 277/2009 Sb., o pojišťovnictví

Použitá literatura

ANGELETTE, Benjamin. *The revolution that never came and the revolution coming De Lasteyrie du Saillant, Marks & Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe*. Virginia Law Review Vol. 92/2006, str. 1189 – 1223. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M., KOTÁB, P., MARKOVÁ, H. a kol. *Finanční právo*. 5. upravené vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, 576 str, ISBN: 978-80-7400-801-6.

BIERMANN, Denis, *Rozsudek Evropského soudního dvora ve věci Überseering – konec teorie faktického sídla?*, Evropské právo 4/2003, s. 11. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

BOHÁČEK, Martin, *Základy amerického obchodního práva*, Linde Praha, a.s., 2007.

Commission communication of 9 September 1997 „Participation of European Economic Interest Groupings (EEIGs) in public contracts and programmes financed by public funds“ dostupný na <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=1997&nu_doc=434>.

ČECH, Petr, *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, Právní rádce 3/2007.

ČERNÁ, S. *Obchodní právo. Akciová společnost. 3. díl*, Praha: ASPI, 2006, 360 s., ISBN: 80-7357-164-1.

DE KLUWRER, Harm-Jan. *Inspiring a New European Company Law?* European Company and Financial Law Review 1/2004, str. 121 – 134. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

DĚDIČ Jan, LASÁK Jan: *Přehled judikatury. Přeměny obchodních společností. Převod podniku a jeho části*. Wolters Kluwer ČR, a.s., podle stavu k 01.08.2009, 340 stran. ISBN: 978-80-7357-457-4.

DĚDIČ Jan: *Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podařená“ dekodifikace obchodního zákoníku*. Právní zpravodaj 7/2008, s. 1. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr *Obchodní právo po vstupu ČR do EU, aneb, co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?*, doplněné a aktualizované vydání, BOVA POLYGON, 2005, ISBN: 80-7273-122-X.

DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropská (akciová) společnost*, Bova Polygon 2006, 632 s., ISBN 80-7273-133-5.

DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, Bova Polygon 2004, 536 s. ISBN 80-7273-110-6.

DĚDIČ, Jan, ČECH, Petr, *Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností*. Soudní rozhledy 10/2004. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

DĚDIČ, Jan. *Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podařená“ dekodifikace obchodního zákoníku*. Právní zpravodaj 7/2008, s. 1. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

DĚDIČ, Jan. *Problémy nového zákona o přeměnách*. Právní zpravodaj 7/2008, s. 6. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

Doing business in... 11th edition, Lex Mundi 2006.

Důvodová zpráva k návrhu nového obchodního zákoníku dostupná na <<http://portal.justice.cz/ms/PrintPage.aspx?o=23&j=33&k=381&d=11551>>.

Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 15/1998 Sb., o Komisi pro cenné papíry a o změně a doplnění dalších zákonů, ve znění zákona č. 30/2000 Sb., zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání, ve znění pozdějších předpisů.

DVOŘÁK, T. *Akciová společnost a Evropská společnost*. 2. vydání. Praha. ASPI 2009, 936 s., ISBN: 978-80-7357-430-7.

DYRBERG, P., *Full Free Movement of Companies in the European Community at Last?* (2003) 28 ELRev. 528.

EBKE, F. Erner. *The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Uberseering, Inspire Art and Beyond*. The International Lawyer 38/2004, str. 813 – 853. Dostupný

na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

ELIÁŠ, K., POKORNÁ, J., DVOŘÁK, T. *Kurs obchodního práva. Obchodní společnosti a družstva*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, 538 s., ISBN: 978-80-7400-048-5.

ENRIQUES, Lucia. *EC Company Law and the Fears of a European Delaware*. *European Business Law Review*, Vol. 15, 6/2004, str. 1259 – 1274. Dostupný na internetu <www.kluwerlawonline.com>.

FROST, Carsten. *Transfer of company's seat – an unfolding story in Europe*. *Victoria University of Wellington Law Review* 36/2005, str. 359 – 388. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

FROLÍK, Martin, HOLEŠ, Stanislav. *K hlavním změnám nové právní úpravy kolektivního investování v komunitárním právu*. *Obchodněprávní revue* 3/2010, s. 82. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

GRAIG, Paul, DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, text, cases, and materials*. Fourth edition. Oxford university press 2008, 1148 s.

HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo*. Obecná část. 6. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, 861 s., ISBN: 80-7179-442-2.

HENDRYCH, D. a kol., *Právní slovník*, Praha 2009, dostupný na <<http://www.beck-online.cz>>.

HAVEL, Bohumil, *Předpokládané změny obchodního práva při rekonstrukci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona*. *Obchodněprávní revue* 1/2009, s. 1. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

HRSTKOVÁ, Julie. *Hranice nebudou překážkou*. *Ekonom* 29/2007, str. 36. Dostupný na internetu <<http://www.anopress.cz>>.

CHERTOK, Seth. *Jurisdictional Competition in the European Community*. *The Journal of International Economic Law* 27/2006, str. 465 – 515. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

CHOBOLA, Tomáš. *Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR*. *Právní rozhledy* 16/2004, s. 599. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

KOMÁREK, Jan. *Soudní dvůr ES – prosinec 2008 a leden 2009*. Soudní rozhledy 3/2009, s. 114. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

KOTÁSEK, J., PIHERA, V., POKORNÁ, J., RABAN, P., VÍTEK, J. *Kurs obchodního práva. Právo cenných papírů*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, 447 s., ISBN: 978-80-7179-454-7.

KRAAKMAN, DAVIES, HANSMAN, HERTIG, HOPT, KANDA, ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press.

KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání. Nakladatelství Doplněk, Brno 2009, 464 str. ISBN: 978-80-7239-231-5.

KUHN, Petr. *Vliv komunitární úpravy na české společenstevní právo. Závod kde dnu?* Sborník č. 32 PF UK ze setkání kateder obchodního práva právnických fakult České republiky a Slovenské republiky. 2007, s. 165 – 184.

LASÁK, Jan, *Cartesio: přemístění sídla společností „reloaded“*. Jurisprudence, svazek XVII, rok vydání 2009, str. 39-44. Dostupný v informačním systému ASPI.

LASÁK, Jan. *Tanec v temnotách (Svoboda usazování ve smyslu čl. 43 a 48 SES a přeshraniční fúze národních obchodních společností)*. Obchodněprávní revue 4/2009, s. 91. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

LOWRY, John. *Eliminating Obstacles to Freedom of Establishment: The Competitive Edge of UK Company Law*. Canmbridge Law Journal, 63(2), 7/2004, str. 331-345. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

FROLÍK, Martin, HOLEŠ, Stanislav: *K hlavním změnám nové právní úpravy kolektivního investování v komunitárním právu*, Obchodněprávní revue 3/2010, s. 82.

McKEE, L. David, GARNER, E. Don, McKEE, AbuAmara Yosra, *Offshore Financial Centers, Accounting Services and the Global Economy*, Quorum Books Westport, Connecticut London, ISBN: 1-56720-310-8.

Mc ELAVY, Peter. *Private International Law*. International and Comparative Law Quarterly 52/2003, str. 521 – 534. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

MICHAL, Petr, *Evropská společnost – 2. část*, Právní rozhledy 3/2005, s. 107, dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

MIŠŮR, Peter: *Návrh nařízení Rady o Statutu evropské soukromé společnosti byl vrácen k přepracování*. Obchodněprávní revue 3/2010, s. 84. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

MUCCISRELLI, The, MARIA, Federico. *Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: An Important Decision from Italy*. European Company and Financial Law Review 4/2005, str. 512 – 533. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

NEUBAUER, Radim, *Evropská soukromá společnost – analýza problematických bodů navrhované právní úpravy*, Ad Notam 2/2009, s. 52. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

O'HARA, Erin A., E. RIBSTEIN, Larry. *From politics to efficiency in choice of law*. Draft paper, George Mason University School of Law, 9. prosince 1999. Dostupný na internetu <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/00-04.pdf>.

O'HARA, Erin A., E. RIBSTEIN, Larry. *The Law Market*. Oxford University Press 1/2009, 288 str. ISBN13: 978-0-19-531289-8, ISBN10: 0-19-531289-9.

ONDREJOVÁ, Dana, ŠILHÁN, Josef. *Konference Dny práva (PF MU Brno, 5. 11. 2008)*. Obchodněprávní revue 3/2009, s. 85. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

Paola Spoladore, Pavel Koukal. *Přemístění sídla obchodní společnosti v rámci vnitřního trhu ES*. Právní rádce 12/2004, s. 37. Dostupný na internetu <<http://pravnicaradce.ihned.cz/c1-15370710-premisteni-sidla-obchodni-spolecnosti-v-ramci-vnitriho-trhu-es>>.

PAUKNEROVÁ, Monika, *Evropské mezinárodní právo soukromé*, 1. vydání, C.H.Beck 2008.

PAUKNEROVÁ, Monika, *Kolizněprávní úprava obchodních společností*. Právní rozhledy 7/2005, s. 244. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

PAUKNEROVÁ, Monika, *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum – nakladatelství Univerzity Karlovy, Praha 1998, 220 s. ISBN 80-7184-598-1.

PAUKNEROVÁ, Monika. *Svoboda usazování obchodních společností v Evropské unii*. Evropské právo 9/2001, s. 1. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

PELIKÁNOVÁ, I., *Evropská akciová společnost a její význam pro české právo*, XIII. karlovarské právnické dny, Linde, Praha 2003.

PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Obchodní právo. 1. díl*, 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 576, ISBN: 978-80-7357-525-0.

PELIKÁNOVÁ, I., ČERNÁ, S. a kol. *Obchodní právo. Společnosti obchodního práva a družstva*. II. díl, Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 548, ISBN: 80-7357-149-8.

RINGE, Wolf-Georg. *The European company statute in the context of freedom of establishment*. Journal of Corporate Law Studies, 10/2007. Dostupný na internetu <<http://www.heinonline.org>>.

ROTH, W.-H., *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies*, Private International Law and Community Law (2003) 52 ICLQ 177.

SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš, *Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností*, Právní rozhledy 5/2003, s. 224. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

SALAČ, Jaroslav, DOLEŽIL, Tomáš, *Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art*. Právní rozhledy 4/2004, s. 147. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

ČERNÁ, Stanislava, *Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?* Právní rozhledy 22/2005, s. 816. Dostupný na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

SYLLA Michal: *Vývoj judikatury SDEU v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 78. Dostupné na internetu <<http://www.beck-online.cz>>.

ŠTAŇKO, Andrej. *Cross border "Torpedo" litigation*. Common Law Review, Issue 10, Spring 2009.

ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 12. vydání. Praha, C. H. Beck, 2009, 1397 s.

ŠVESTKA, Jiří, SPÁČIL, Jiří, ŠKÁROVÁ, Marta, HULMÁK, Milan a kolektiv, *Občanský zákoník I, II*, 1. vydání, Praha 2008.

TICHÝ, Luboš a kol., *Dokumenty ke studiu evropského práva, 3. přepracované*

vydání, Linde 2006, 910 s., ISBN: 80-7201-573-7.

VOGEL, Klaus. *Double Taxation Conventions*, 3rd edition, Kluwer Law International 1997, 1728 str. ISBN 9041108920, ISBN 13: 9789041108920.

Abstract: Right of establishment in International Private Law

Private companies act in the international context more intensively than any time before. There are many ways how to act on the international market. One solution is to establish a branch or a representation office instead of establishing a brand new company. The right to act in the international context using branch companies and transfer of seat is known as the freedom of establishment.

The thesis covers main issues concerning the freedom of establishment and also discusses the case law issued by the Court of Justice of the European Union.

The comparative view of the seat and incorporation principles is used in the thesis. With a greater detail to the Czech law, the issue of the foreign companies' recognition is discussed. The Czech law recognizes foreign companies even in the form in which it is no longer possible to establish new company in the Czech Republic. In this regard basic elements of the bare trust are discussed.

The case law of the the Court of Justice of the European Communities opened Europe's corporate space and allowed the competition between the national jurisdictions to begin. Author compares situation arised on the European market with the situation in the US. As an evidence of the distinction between different US states' regulations, the comparative research of the Delaware and New York corporation laws is provided.

On the ground of American scholars' researches, the idea of the race to the top is strongly presented. The thesis supports liberalization of the corporate markets, the freedom of establishment and movement of the private companies.

In regards to the international corporate forms european companies are discussed. Most of the space was granted to the European joint-stock company. Significant improvement of the right of establishment and movement of the capital came with UCITS directives. Although UCITS IV is not implemented in the Czech law yet, it is described in the thesis.

Abstrakt: Svoboda usazování v mezinárodním právu soukromém

Obchodní společnosti jsou v určité fázi expanze nuceny vstoupit na mezinárodní trh. Pro přeshraniční podnikání lze využít jednu z několika možných forem. Může být např. založena organizační složka podniku nebo dceřiná společnost s vlastní korporátní identitou. Přeshraniční podnikání je umožněno hlavně díky svobodě usazování a svobodě pohybu.

Rigorózní práce pojednává o úpravě obou svobod, jsou diskutovány dopady rozhodování Soudního dvora Evropské unie.

Související inkorporační princip a princip sídla je popisován v komparativním náhledu. Popsáno je také uznávání subjektivity zahraničních podnikatelů v českém právu. České právo uznává i společnosti, které by nebylo možné v České republice založit. V tomto ohledu je pojednáno o trustech podle práva Guernsey.

Judikatura Soudního dvora Evropské unie umožňuje a zintenzivňuje soutěž právních řádů členských států Evropské unie. Situace v EU je v rigorózní práci přirovnána k USA a v tomto ohledu jsou v rigorózní práci popsány aspekty, které mohou ovlivnit výhodnost jednotlivých jurisdikcí pro zahraniční investory. V tomto ohledu jsou popsány rozdíly vnitřního uspořádání akciové společnosti podle práva New York a Delaware.

S inspirací v pramenech amerických autorů, zabývajících se právem a ekonomikou, je v rigorózní práci zvýrazněn pozitivní výsledek soutěže právních řádů, tzv. závodu k vrcholu.

Významná část rigorózní práce je věnována popisem evropských forem společností. Nejvíce prostoru je věnováno Evropské (akciové) společnosti. Veliký význam pro pohyb kapitálu mají tzv. UCITS směrnice, proto jsou na několika stránkách popsány. Komentovaná je i směrnice UCITS IV, která ještě není v českém právu implementována, nicméně legislativní práce již začaly.

Key words: Freedom of establishment, freedom of movement, incorporation principle, seat principle, international private law.

Klíčová slova: Svoboda usazování, svoboda pohybu, inkorporační princip, princip sídla, mezinárodní právo soukromé.